Ueber die Ersitzung von Prädialservituten an Fideicommissen und an Lehnen nach gemeinem und nach Preussischem Rechte.

Inaugural-Dissertation

der

juristischen Facultät

der

Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

vorgelegt von

Theodor Wilke
aus Guben

Approbirt am 5. März 1905.

ACAD. LUGD. BAT. BIBL.

BERLIN.

Druck von Emil Streisand, Alte Jacobstrasse 120.

1905.

Litteratur.

Arndts, Lehrbuch der Pandekten. 6. Auflage. München 1868.

Behrend in v. Holtzendorffs Encyklopädie der Rechtswissenschaften, Bd. I. Leipzig 1873.

Beseler, System des deutschen Privatrechts. Berlin 1873.

Bluntschli, Das deutsche Privatrecht, 3. Auflage. München 1864.

Boehmer, Principia juris feudalis praesertim Longobardici, editio VI. Göttingen 1795.

Bornemann, Systematische Darstellung des preussischen Civilrechts. Bd. VI. 2. Auflage. 1842.

Buechel, I. Nachtrag der Abhandlung über jura in re und deren Verpfändung in civilrechtlichen Erörterungen. 2. Auflage, Bd. I. Marburg 1839.

Cosack, Neubearbeitung des Systems des deutschen Privatrechts von Gerber. 17. Auflage. Jena 1895.

Costa, Entwicklungsgeschichte des deutschen Familienfideikommisses, Inauguralabhandlung. München 1864.

Danz, Handbuch des deutschen Privatrechts nach Rundes System, VIII. Stuttgart 1807.

Dernburg, Preussisches Privatrecht. Bd. III. 5. Auflage. Berlin,

Dolliner, Erläuterungen des allgemeinen Deutschen Lehnrechts, Wien 1793.

Eichhorn, Einleitung in das Deutsche Privatrecht, 5. Auflage. Göttingen 1845.

Elvers, Die römische Servitutenlehre. Marburg 1856.

Entscheidungen des ehemaligen Preussischen Obertribunals. Bd. 4, 19, 41, 42, 51, 53.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen. Bd. 17, 18, 19, 21, 22, 26, 28, 30, 32, 34, 36.

Fenner & Mecke, Civilrechtliche Entscheidungen der obersten Gerichtshöfe Preussens. Bd. I, Berlin 1870; Bd. III, Berlin 1872.

Foerster-Eccius, Das Preussische Privatrecht. Bde. III, IV. 6. Auflage. Berlin 1893.

Friedberg, Ein Beitrag zur Lehre von den Familienfideikommissen, II. Teil (Senatsprogramm). Leipzig 1894.

Gengler, das deutsche Privatrecht in seinen Grundzügen. 4. Auflage. Erlangen 1892.

Gerber, System des deutschen Privatrechts. 9. Auflage. Jena 1867.

Gruchots Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts. Bd. 14 u. 24.

Hagemann, Einleitung in das gemeine, in Deutschland übliche Lehnrecht. 3. Auflage. Hannover 1801.

Hagemann in v. Bülows Erörterungen aus allen Teilen der Rechtsgelehrsamkeit. Bd. VII. Hannover 1807.

Hasse im Archiv für civilistische Praxis, Bd V. Heidelberg 1822.

Heusler, Institutionen des deutschen Privatrechts. Bd. II. Leipzig 1886.

Hoepfner, Theoretisch-Praktischer Kommentar über die Heineccischen Institutionen. 8. Auflage. Frankfurt a. M. 1818.

Hoffmann, Die Lehre von den Servituten. Darmstadt 1838.

Justizministerialblatt, Preussisches. XIX.

Keller, Pandekten. Leipzig 1861.

Knipschild, Tractatus de fideikommissis. Ulm 1654.

Kori, Die Theorie der Verjährung nach gemeinem und sächsischem Recht. Leipzig 1811.

Lewis, Das Recht des Familienfideikommisses. Berlin 1868.

Maurenbrecher, Lehrbuch des heutigen gemeinen deutschen Rechts. Bonn 1834.

Mayr, Ph. J., Handbuch des gemeinen und bayr. Lehnrechts. Landshut 1831.

Mittermaier, Grundsätze des gemeinen deutschen Privatrechts. 4. Auflage. Landshut 1830.

Muther, Die Ersitzung der Servituten. Erlangen 1852.

Ortloff, Grundzüge eines Systems des deutschen Privatrechts. Jena 1828.

Paetz, Lehrbuch des Lehnrechts. Neue Auflage von Göde. Göttingen 1837.

Pfaff u. F. Hofmann, Zur Geschichte des Fideicommisses. Wien 1884.

Pfeiffer in Weiskes Rechtslexikon Bd. VI, s. v. »Lehnssuccession«. Leipzig 1845.

Pfeiffer, Ueber die beschränkte Dauer der für immer gestifteten Familienfideicommisse des römischen Rechts, in seinen praktischen Ausführungen aus allen Teilen der Rechtswissenschaft. Bd. III. Hannover 1831.

Phillipps, Grundsätze des gemeinen deutschen Privatrechts mit Einschluss des Lehnrechts. 2. Auflage. Berlin 1838.

Rathmann in Gruchots Beiträgen. Bd. XIV.

Rehbein und Reincke, Das allgemeine Landrecht für die Preussischen Staaten. Bd. II. 2. Auflage. Berlin 1882.

v. Roth, System des deutschen Privatrechts. Bd. III. Tübingen 1886

v. Salza in Weiskes Rechtslexikon. Bd. IV. sub voce »Familienfideicommisse«. Leipzig 1843.

v. Salza, Die Lehre von Familien-, Stamm- und Geschlechtsfideicommissen nach den Grundsätzen des gemeinen deutschen Privatrechts. Leipzig 1838.

v. Savigny, System des heutigen römischen Rechts. Bd. IV. 2. Auflage. Heidelberg 1850/51.

Schmidt, Joa. Ludov. De praescriptione feudali acquisitiva in den Opusc. de praesertim circa pignus sec. omne jus, quo in Germania utimur, considerata. Jenae 1781.

Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichtshöfe Deutschlands. Neue Folge Bd 6, 7, 10, 11, 16, 18, 19.

Stobbe, Handbuch des deutschen Privatrechts, neu bearbeitet von H. O. Lehmann. Bd. II, 3. Auflage; erster Halbband, Berlin 1896; zweiter Halbband, Berlin 1897.

Striethorst, Archiv für Rechtsfälle, die zur Entscheidung des königlichen Obertribunals gelangt sind. Bd. 24, 34.

Struve, Syntagma juris feudalis cum observationibus feudalibus ad singula capita, decade consiliorum. Frankfurt a. M. 1734.

Thibaut, Ueber Besitz und Verjährung. Jena 1802.

Ulrich, De Servitute reali studio sive iniuria vasalli feudo contracta. Vitebergae 1784.

Unterholzner, Ausführliche Begründung der gesamten Verjährungslehre. Bd. II. 2. Auflage. Leipzig 1858.

v. Vangerow, Lehrbuch der Pandekten, 6. Auflage. Marburg 1851.

Vezin, Kleine juristische Schriften. Heft I. Osnabrück 1789.

Weber, Handbuch der in Deutschland üblichen Lehnrechte nach den Grundsätzen G. L. Böhmers. I.—IV. Leipzig 1807—1811.

Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts. Bd. I. 8. Auflage. Frankfurt a. M. 1900.

Schmalz, Lehrbuch des deutschen Privatrechts. Berlin 1818.

Zimmerle, Das deutsche Stammgutssystem. Tübingen 1857.

Zeitschrift für Landeskultur-Gesetzgebung der Preussischen Staaten. XIV. Berlin 1863.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41542702_0131

Disposition.

§ 1. Uebersicht über das Recht des Familienfideicommisses S. 9.
§ 2. Uebersicht über das Recht des Lehns . . . . . S. 18.
§ 3. Die Errichtung einer Prädialservitut durch Rechtsgeschäft am Fideicommiss und Lehn . . . . . S. 24.
§ 4 Die Ersitzung der Substanz des Fideicommisses . . S. 31.
§ 5. Die Ersitzung der Substanz an Lehngütern . . . . S. 35.
§ 6. Die Ersitzung von Prädialservituten an Lehnen . . S. 41.
§ 7. Die einzelnen Fälle der Servitutenersitzung an Lehngrundstücken . . . . . S. 47
§ 8. Die Ersitzung von Prädialservituten an Familienfideicommissgrundstücken . . . . . S. 61

Ueber die Ersitzung von Prädialservituten an Fideicommissen und Lehnen nach gemeinem und nach preussischem Recht.

§ 1.

Uebersicht über das Recht des Familienfideicommisses

»Familienfideicommis« ist eine Stiftung, durch welche der Eigentümer oder ein sonst zu solchen Dispositionen berechtigter Besitzer (z. B. ein Vasall) die Unveräusserlichkeit und Unteilbarkeit eines Grundstücks oder sonst geeigneten Objekts und die ununterbrochene Vererbung desselben in seiner Familie bis zu ihrem Ausgang oder bis zu einer von ihm angegebenen Grenze festsetzt.«[1])

Abgesehen von den deutschen Stammgütern und Erbgütern ist das Familienfideicommiss zu unterscheiden von dem römischen fideicommissum perpetuum s. successivum, das im Justinianischen Recht mit der Bestimmung vorkam, ut bonum apud familiam maneat — ne e familia exeat; die Grundsätze dieses römisch-rechtlichen Instituts leiden auf das deutsch-rechtliche des Familienfideicommisses keine Anwendung.

Der durch die Stiftung berufene Fideicommissinhaber ist — nach richtiger Ansicht — wahrer Eigentümer[2]) des Fideicommissguts, nur mit fideicommissarischer Gebundenheit. Das Rechtsverhältnis des Fideicommissinhabers bemisst sich teils aus seiner Beziehung zu der Stiftung, teils aus derjenigen zu seinem Fideicommissvorgänger, aus dessen Händen er das Gut empfängt, teils aus seinen Beziehungen zu den Anwärtern.[3]) Der Fidei-

[1]) Vergl. Stobbe-Lehmann, Bd. II, 2. Halbband, S. 525; Stobbe hat in seiner Definition das Erfordernis der Unteilbarkeit merkwürdigerweise nicht erwähnt.

[2]) v. Gerber a. a. O. § 84 S. 208.

[3]) Der Fideicommissnachfolger erwirbt sein Eigentum mit dem Ableben des bisherigen Besitzers auf Grund der Successionsordnung; vergl. ALR § 206, II, 4. Derjenige hat die Klagerechte des Eigentümers, welcher als solcher im Grundbuche eingetragen ist; bei geteiltem Eigentum, als welches nach früherem preuss. Recht das Fideicommissgut gilt, wird der Fideicommissbesitzer als nutzbarer Eigentümer in die für Eigentumseintragungen bestimmte Abteilung I. des Grundbuches eingetragen, während die Rechte der Familie als der Obereigentümerin durch

commissinhaber hat das Fideicommiss ex pacto et providentia majorum, d. h. er stützt sein Recht, abgesehen von seinem Verwandtschaftsverhältnis, als welches regelmässig nur die Agnation in Betracht kommt, auf den Stiftungsbrief, ähnlich wie der Vasall auf die Investitur sich stützt; der Fideicommissnachfolger leitet sein Recht nicht aus der Person des Stifters ab, er ist nicht dessen heres fideicommissarius im römischrechtlichen Sinne. Das Recht aus der Stiftung ist unmittelbar auf alle Descendenten übergegangen; der in der Stiftung festgesetzte Wille des Stifters umfasst von vornherein als die Berufenen alle Nachkommen. Indessen würde die Anschauung, welche nur den Blick auf den Stifter wirft, einseitig sein. Allerdings tritt der Fideicommissfolger vermöge der Anordnung und Fürsorge des Stifters, also ex pacto et providentia majorum in das Familienfideicommiss ein. Allein er empfängt dasselbe aus der Hand des letzten Besitzers und so, wie dieser es besessen hat. Erst das Ableben des Vorbesitzers überträgt das Fideicommissgut auf den nächsten Anwärter und dessen Eintritt in das vom Stifter begründete Rechtsverhältnis vollzieht sich durch Vermittlung aller dazwischenstehenden Personen. In diesem Sinne muss notwendig eine Rechtsnachfolge in das Fideicommiss auch im Verhältnis zwischen Vorbesitzer und Anwärter angenommen werden,[4]) wenn man nicht unzulässiger und ungerechtfertigter Weise aus der abstrakten Succession ex pacto et providentia majorum die äusssersten Konsequenzen ziehen

---

Eintragung der Fideicommisseigenschaft des Guts und der Rechte der Anwärter in der II. Abteilung des Grundbuchs zu wahren sind. Erst der im Grundbuch eingetragene Fideicommissbesitzer ist nach dem preussischen Intabulationsprinzip Dritten gegenüber der wahre Eigentümer des Fideicommissguts in allen seinen Bestandteilen. Der Uebergang des Eigentums auf den Fideicommissnachfolger stellt einen Erwerb ausserhalb der Fälle der freiwilligen Veräusserung dar und wird als solcher behandelt, indem der Fideicommissnachfolger im Grundbuch als Eigentümer an Stelle des bisherigen Besitzers eingetragen wird. Ein Eigentumswechsel tritt also auch bei der Nachfolge in das Fideicommiss ein. Der jeweilige Fideicommissbesitzer ist zu Prozessen über die Substanz des Fideicommisses aktiv und passiv legitimiert, ohne die nächsten Anwärter zuziehen zu müssen. Unterbleibt aber die Zuziehung, so haben die ergangenen Entscheidungen keine Wirkung gegen die Familie. Urteil des V. Civilsenats des Reichsgerichts vom 17. Juni/11. Juli 1891 in Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen, Bd. 28 S. 226fg.

[4]) Die Erwerbung eines Fideicommisses durch Anfall wird seitens v. Salza: Zur Lehre von Familien-, Stamm- und Fideicommissen § 53 S. 100, 101 als ein blosses Einrücken in den Besitz bezeichnet. Diese Ansicht ist unzulänglich. Charakter und Wirkungen der Succescion des Fideicommissbesitzers sind viel weitergreifend.

will.[5]) Dies pactum ist neben der Agnationseigenschaft nur der Titel der Succession, es erklärt aber nicht die juristische Art und Weise des Eintritts des Fideicommissnachfolgers. Der Fideicommissnachfolger ist nur Singularsuccessor[6]), er wird nur dann Erbe seines Vorgängers, wenn er auch die Allodialgüter erbt. Anlangend die Art der Succession, so führt das deutsche Reichsgericht[7]) aus:

»Die Nachfolge in deutschrechtliche Familienfideicommisse begründet weder eine Singular- noch eine Universalsuccession im römischrechtlichen Sinne, sondern eine eigentümlich geartete Nachfolge in einen Komplex von Rechten und Verbindlichkeiten; sie ist, wie bereits in dem früheren Urteil vom 30. Dezember 1887 entwickelt wurde, in gewisser Hinsicht eine Universalnachfolge, sobald nämlich ein ganzes Vermögen, und in gewisser Hinsicht eine Sondernachfolge, wenn ein einzelnes Vermögensstück den Gegenstand des Fideicommisses und damit der Succession bildet«.[8])

Die Begriffe von Universalsuccession und Singularsuccession sind keine römisch-rechtlichen, sondern juris gentium, es sind rechtserzeugende Tatsachen. Neben Universalsuccession und Singularsuccession gibt es nach römisch-rechtlicher Anschauung keine dritte Successionsart; was man so nennen wollte, wäre gar keine Succession. Das deutsche Recht kannte überhaupt keine Universalsuccession, sondern nur die Nachfolge in einen Komplex von Rechten. Eine solche Nachfolge ist nicht unverträglich mit der Singularsuccession. Denn Einheit oder Vielheit des Gegenstandes sind nicht die Kriterien der Singularsuccession. Wie Hasse überzeugend nachgewiesen hat, kann auch ein ganzes Vermögen durch Singularsuccession übertragen werden. Nicht der übertragene Gegenstand und seine Ein- oder Vielheit schafft eine Singular- oder Universalsuccession, sondern der Grund, die causa

---

[5]) Die successio ex pacto et providentia majorum ist in gewissem Sinne ein Schulbegriff, wie das Urteil des preuss. Obertribunals v. 23. 1. 1865 in dessen Entsch. Bd. 53 S. 110 sagt, indessen dient doch dieser Begriff nicht wenigen Rechtsnormen als Motiv und Erklärung, er ist überhaupt das jur. Prinzip des Familienfideicommisses, s. Zimmerle a. a. O. S. 285fg., S. 291.

[6]) Maurenbrecher, a. a. O. Abt. II, § 571, S. 755. — v. Salza, bei Weiske a. a. O., S. 252.

[7]) Urteil des IV. Civilsenats d. R.-G. vom 4. Februar 1890 in Entsch. d. R.-G. in Civilsachen Bd. XXVI, S. 141.

[8]) Das Urteil des V. Civilsenats des Reichsgerichts vom 9. Februar 1895 in Entscheidungen des R.-G. Bd. XXXIV S. 430 erklärt den Fideicommissnachfolger zutreffend für einen Singularsuccessor.

oder der titulus succedendi, und deshalb wird mit Recht eine Succession titulo singulari und universali unterschieden.[9])

»Der Hauptfehler, den unsere Civilisten hier begangen haben, ist der, dass sie universitas zu sehr objektiv und wohl gar absolut genommen haben; zu objektiv insofern, als man aus der Entdeckung, ein Vermögen werde in einer bestimmten Relation, z. B, als Erbschaft, in Beziehung auf Succession als universitas behandelt. gleich den Schluss zog, dass zum wenigsten in gleicher Relation dies niemals anders sein könne, also auch z. B. niemals eine Erbschaft anders, denn als universitas, auch nicht zur zweiten Hand bertragen werden könne; sogar absolut, indem man jenen Schluss nur noch weiter zog, weil etwas in einer oder der andern Relation als Universitas vorkommt, so müsse es das durchaus und in jeder Verbindung sein, was man dann aber freilich nicht immer folgerecht festhalten könnte«.

Das wesentlichste Kriterium des Singularsuccessors, dass er nämlich nicht für die Schulden seines Antecessors haftet, trifft beim Fideicommissnachfolger zu.[10]) Auch der römisch-rechtliche Fideicommissar war ursprünglich Singularsuccessor, wie ein legatarius partiarius, und es fanden wie bei dem letzteren zwischen dem Fideicommissar und dem Erben die stipulationes partis et pro parte statt, bis das Scons. Trebellianum verordnete, dass nach der Restitution der Erbschaft alle Klagen, die nach dem Civilrecht

---

[9]) Vergl. Hasse im Archiv f. d. civl. Praxis, Bd. V, S. 26 ff. S. 35, der namentlich an die Schenkung eines ganzen Vermögens, den Niessbrauch an einem solchen erinnert. Auch der legatarius partiarius, dem eine Quote der Erbschaft vermacht ist, ist Singularsuccessor.

[10]) Gengler, a. a. O. § 181, S. 661, drückt sich nicht präcis aus, wenn er die Succession des Fideicommissfolgers als eine Sondererbfolge bezeichnet. Eine Sonder- d. h. Teilerbfolge ist eine contradictio in adjecto. Sie würde voraussetzen können, dass jemand zwei Erbschaften hinterlassen, d. h. sein universum jus doppelt vererben könnte. Wenn man von einer Allodialerbschaft des verstorbenen Fideicommissbesitzers redet, so soll damit nur der Gegenstand der Erbschaft bezeichnet werden, nicht ein Gegensatz zur Fideicommiss-Erbschaft, vielleicht auch zu einem Fideicommissvermögen. Der Begriff Sondererbfolge ist ein unjuristischer, vulgärer. Dass der Fideicommissfolger auch Pflichten überkommt, macht seine Nachfolge nicht zur Erbfolge oder Universalsuccession, denn in seine Pflichten tritt er nicht ein ex persona defuncti, sodass etwa dessen persönliche Pflicht, z. B. die Substanz des Fideicommisses in gutem Zustande zu erhalten, das Gut nicht zu verschulden, aus der Person des Vorgängers auf ihn übertragen würde. Diese Pflichten sind vielmehr nur aus Begriff und Zweck eines Fideicommissgutes fliessende Beschränkungen des fideikommissarischen Rechts, es sind objektive Beschränkungen des Fideicommisseigentums und seiner Ausübung.

dem direkten Erben und gegen ihn zustanden, von Rechtswegen als actiones utiles dem Fideicommissar nach Verhältnis seines Anteils an der Erbschaft zustehen und gegen denselben sollten angestellt werden können. Der Fideicommissar war mithin fortan heredis loco, es wurde durch die Restitution eine Universalsuccession begründet und die stipulationes partis et pro parte fielen fort. Das deutsche Familienfideicommiss hat diese Entwicklung zur Universalsuccession nicht mitgemacht, es ist deshalb bei der Singularsuccession stehen geblieben Dies war auch nicht anders möglich; denn dass Familienfideicommiss würde seines Wesens entkleidet sein, wenn der Fideicommissfolger per universitatem succediert hätte. Als Singularsuccessor ist er Nachfolger seines Vorgängers im Fideicommiss, nur dass die causa successionis kein zwischen beiden vollzogenes Rechtsgeschäft ist, sondern der Stiftungsbrief. Man darf aber das Verhältnis des Fideicommissfolgers nicht mit der früher herrschenden Meinung als ein, teils durch Vulgar- teils durch fideicommissarische Substitution im Sinne des römischen Rechts entstandenes Verhältnis auffassen' das nicht auf die römische Zahl der Substitutionsfälle beschränkt sei, sondern in infinitum fortgehe, wie die früher herrschende Ansicht es wollte[11]). Denn römisch-rechtliche Begriffe und Kategorien dieser Art haben bei der Konstruktion des deutschen Familenfideicommisses auszuscheiden, desgleichen aber auch verkehrte germanistische Anschauungen. So hat man das jus quaesitum, welches jeder zur Fideicommissnachfolge berufene Agnat hat, und welches seine Hauptwirkung dann äussert, wenn mit der Substanz des Fideicommisses eine Aenderung ohne Einwilligung des Agnaten vorgenommen wird, auf die Idee eines geteilten Eigentums zurückführen wollen. Um die rechtlichen Verhältnisse, die zwischen der Familie nach der Gesamtheit ihrer lebenden und zukünftigen Mitglieder und dem derzeitigen Besitzer des Fideicommisses stattfinden, zu charakterisieren, hat man den aus dem Lehnrecht entnommenen Begriff des geteilten Eigentums analog angewendet[12]), und man hat demzufolge dem Fideicommissinhaber gleich dem Vasallen das nutzbare Eigentum, der Familie dagegen,

---

[11]) Maurenbrecher, a. a. O. Abt. II. § 571 S. 755.

[12]) Die Theorie, welche der Familie das »Gesamteigentum«, das der Besitzer zunächst übe, zuschreibt, oder welche den Besitzer als Usufructuar, die Familie als Eigentümerin behandelt, — so Bluntschli, a. a. O. § 68 S. 203, — hat wenig Anklang gefunden. — Eine Aufzählung der verschiedenen Theorien über das Recht des Fideicommissinhabers s. bei Costa a. a. O. § 28 S. 66 ff.

so wie im Lehnrecht dem Lehnsherrn, das Obereigentum beigelegt. Diese Lehre würde schon mit der Unmöglichkeit eines geteilten Eigentums zerfallen[13]). Das Eigentum ist im deutschen Recht kein anderes, wie im römischen, und wenn es hier ausgemacht ist, dass es ein dominium utile oder geteiltes Eigentum nicht gibt, weil das ein Widerspruch mit Begriff und Wesen des Eigentums wäre, so kann auch das deutsche Recht dieser aus der Logik der Begriffe entspringenden Wahrheit sich nicht verschliessen. Die Rechte der Agnaten im Fideicommissverbande und die Rechte des Lehnsherrn sind ausserdem ganz verschiedenen Ursprungs und schon darum würde der lehnrechtliche Begriff des dominium utile bei Familienfideicommissen versagen. Die Rechte der Agnaten haben gleichen Ursprung und sind qualitativ identisch mit dem Rechte des Fideicommissinhabers[14]). Jeder Agnat hat ein bedingtes und betagtes Recht auf den Gegenstand des Fideicommisses, und insofern hat er eine Anwartschaft darauf, eventuell einmal als Fideicommissfolger zum Antritt berufen zu werden. Neben dieser Erwartung, die wegen der tatsächlichen Stärke der Bedingungen, namentlich des Entgegenstehens der Existenz zahlreicher näherer Agnaten, häufig materiell zu einer blossen Hoffnung verblasst, hat aber jeder Agnat ohne Rücksicht auf Gradesnähe gewisse, auch dem zeitigen Fideicommissinhaber gegenüber wirkt same Rechte, die den letzteren beschränken. Denn weil das Schicksal des Fideicommisses schon durch den Willen des Stifters bestimmt ist, darf der zeitige Fideicommissinhaber diesen Willen nicht durchkreuzen, und die Agnaten sind als Hüter berufen, um dies zu hindern. Der Wille des Stifters, zur Erhaltung des Glanzes der Familie das Gut in der Hand des der Ordnung nach Berufenen verwendet zu sehen, lässt sich nur verwirklichen, wenn das Gu beisammen bleibt[15]), und wenn der zeitige Besitzer es un-

---

[13]) Stobbe, Handbuch des deutschen Privatrechts, Bd. II Abt. 1 § 96 S. 295 fg. verwirft den Begriff des nutzbaren Eigentums und Obereigentums, will aber doch diese Terminologie beibehalten, nur müsse man sich, meint er, die richtigen Vorstellungen machen, dass es nämlich nur ein ungeteiltes Eigentum gäbe Hiergegen ist einzuwenden, dass sich nur zu leicht mit dem falschen Worte falsche Begriffe einstellen.

[14]) Die Agnaten haben kein deutschrechtliches Gesamteigentum, vergl. Urteil des 1. Senats des Stuttgarter Oberlandesgerichts vom 27. März 1885 in Seuffert's Archiv, N. F. Bd. 11 S. 184.

[15]) Die Successionsordnung des Familienfideicommisses hat mit Notwendigkeit die Unteilbarkeit und Unveräusserlichkeit des Guts zur Voraussetzung. s. Urteil des III. Civilsenats d. R.-G. vom 19. April 1887 in Entsch. d. R.-G. in Civilsachen.

geschmälert[16]) seinem Nachfolger überantworten kann. Hierher gehört die Beschränkung des zeitigen Fideicommissbesitzers, dass ihm jede Veräusserung, Verpfändung oder dauernde dingliche Belastung des Fideicommissguts untersagt ist[17]), und dass solche Geschäfte dem Agnaten gegenüber nichtig[18]) sind. Das ganz oder teilweise vom Inhaber verbotswidrig veräusserte Fideicommissgut kann von den Agnaten zur Zeit des Anfalls des Guts mittelst der Vindikation mit dem Gut wieder vereinigt werden[19]) und ebenso hat ein solcher Agnat, wenn ihm die Rechts-

---

Bd. XVIII S. 207. — Es trifft nur die eine Seite des Rechtsverhältnisses, wenn v. Salza bei Weiske a. a. O. S. 241 die Rechte der Anwärter aus der Unveräusserlichkeit des Fideicommissguts ableiten will. Die blosse Unveräusserlichkeit ist nur das Rechtsmittel, durch welches die Rechte der Anwärter geschützt werden. Aus der blossen Unveräusserlichkeit des Guts würde bloss die negative Folge der Nichtigkeit oder Rescissibilität einer verbotswidrigen Veräusserung sich ergeben, dagegen können aus der Unveräusserlichkeit die positiven Rechte der Anwärter nicht konstruiert werden. Diese Rechte sind Successionsrechte, gegründet auf den ordo successionis.

[16]) Eines ausdrücklichen Veräusserungsverbotes in der Stiftungsurkunde bedarf es nicht.

[17]) Zimmerle, a. a. O. § 36 S. 291.

[18]) Nicht schon vor Eintritt seines eigenen Successionsfalles hat der Anwärter das Recht, das Fideicommiss, welches ungültig veräusserlich ist, zu vindizieren. Anderer Ansicht ist Rosin in Iherings Jahrbüchern für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts, Bd. XXXII, S. 415, der dem Anwärter bereits mit der Veräusserung ein accessorisches Klagerecht zugestehen will und nach dem Successionsfalle die Eigentumsklage. Diese Ansicht ist unrichtig. Es lässt sich mit Rosin auf die Anwartschaft die erst gedachte Klage nicht stützen. Die Anwartschaft enthält zwar ein rechtliches Interesse des Anwärters, dass die Veräusserung unterbleibe, aber sie enthält noch nicht das Mittel zur Rückgängigmachung derselben. Dazu bedarf es eines präsenten Rechts des Anwärters. Grund der Revokationsklage ist das Eigentum, nur wer dieses hat, ist Revokationskläger.

Der Fideicommissnachfolger kann einen von seinem Vorgänger im Fideicommiss erhobenen Revokationsprozess als »Rechtsnachfolger« nach § 239 der CPO. wieder aufnehmen, s. Urteil des V. Civilsenats des Reichsgerichts vom 9. Februar 1895 in Entsch. d. R.-G. in Civilsachen, Bd. XXXIV, S. 430 und die dort S. 431 citierten Commentatoren der CPO.

[19]) Nach gemeinem Recht kann ein Agnat, welcher seine Einwilligung zur Veräusserung eines Fideicommisses gegeben hat, diese Veräusserung so wenig anfechten, als dies der veräussernde Fideicommissinhaber selbst zu tun in der Lage ist. Ebensowenig kann ein agnatischer Anwärter, welcher Allodialerbe des Veräusserers oder eines zustimmenden Anwärters geworden ist, die Revokationsklage wegen der Veräusserung erheben. Das Urteil des III. Civilsenats des Reichsgerichts vom 4. Februar 1890 in Entsch. d. R.-G. in Civilsachen, Bd. XXVI, S. 153 hat zutreffend ausgesprochen: »Es gibt keinen durchschlagenden Grund,

nachfolge zum Antritt des Guts deferiert wird, die entsprechenden sonstigen dinglichen Klagen[20]) z. B. die actio negatoria bei dauernder dinglicher Belastung des Fideicommisses durch seine Vorgänger. Auch zur Sicherung ihres agnatischen Rechts stehen den Agnaten gegenüber unstatthaften Veräusserungen schon vor ihrer Berufung zur Nachfolge präparatorische Klagen zu Die Revokationsklage, mit welcher der Agnat das vom Fideicommissinhaber ganz oder teilweise veräusserte Fideicommissgut wieder herbeischafft, geht als Vindication gegen jeden Besitzer[21]), und sie ist auf Restitution des Veräusserten cum omni causa gerichtet. Die Klage verjährt innerhalb 30 Jahren vom Zeitpunkt des Fideicommissanfalls des Vindicanten an gerechnet, denn vor dem Anfall ist nicht actio nata und die Verjährung kann demzufolge nicht zu laufen beginnen[22]). Da jeder Agnat ein selbständiges Revokationsrecht hat, so steht der Anstellung der Revokationsklage auf seiner Seite nicht entgegen, dass einer der Vorgänger im Fideicommiss seine Revokationsklage hat verjähren lassen. Der negativen Pflicht des Fideicommissbesitzers, nichts von dem Gut zu veräussern, entspricht das persönliche Recht der Agnaten, vom Fideicommissbesitzer zu fordern, dass er die Veräusserung unterlasse. Ueberhaupt haben die Agnaten dem Fideicommissbesitzer gegenüber das sich auf den Stiftungsbrief als seine causa stützende Recht zu fordern, dass jener nichts vornehme, wodurch die Substanz des Fideicommisses irgendwie geschmälert werden kann.

Der Fideicommissbesitzer darf das Gut nicht mit Schulden, namentlich Hypotheken, belasten. Weil die Agnaten ihr Recht nicht ex persona defuncti, sondern aus dem Stiftungsbrief und der Abstammung vom Stifter ableiten, und weil demgemäss jeder das Gut antretende Agnat Singularsuccessor ist, so haftet er nicht für

---

dem Erben, welcher nach den Gesetzen die Handlungen seines Erblassers zu vertreten hat, bei Familienfideicommissen ausnahmsweise das Revokationsrecht aus dem Willen des Fideicommissstifters zu gestatten«.

[20]) Ueber die Revokationsklage und die sonstigen Rechtsmittel der Agnaten s. v. Salza, die Lehre von Familien- etc. Fideicommissen §§ 80 ff. S. 153 ff.; Gengler a. a. O. § 181; Gerber, System § 84 S. 208 f. — Cosack, a. a. O. § 76 S. 142. — v. Roth a. a. O. S. 770.

[21]) Die Revokation des Agnaten fällt weg und er muss die Disposition seines Fideicommissvorgängers anerkennen, wenn der Agnat Allodialerbe seines Vorgängers geworden ist.

[22]) cfr. v. Salza bei Weiske, a. a. O. S. 250. Vor dem Anfall fehlt das zur Begründung der Vindikation des Agnaten erforderliche Eigentum desselben am Fideicommissgute.

die von seinem Vorgänger gemachten persönlichen Schulden, z. B. für Darlehne, zu deren Sicherung der Vorgänger das Gut zum Pfande setzte. Das Gut selbst haftet nicht aus der dinglichen Belastung, der Hypothek, weil die pfandweise Veräusserung des Guts im Widerspruch mit dem vom Stifter gesetzten Veräusserungsverbot erfolgen würde. Nur[23]) wenn der antretende Agnat Erbe seines Vorgänges geworden ist, hat er für die von demselben gemachten Schulden aufzukommen, soweit sie persönliche sind, die dingliche Belastung dagegen wird durch die Universalsuccession des Erbgangs nicht vollstreckbar, ihrer Geltendmachung steht noch immer das Veräusserungsverbot der Fideicommissstiftung entgegen. Dagegen haftet ein solcher Erbe dem Hypothekengläubiger aus dem contractus pigneraticius, den sein Vorgänger schloss, auf Schadensersatz dafür, dass eine Sache verpfändet wurde, deren Verpfändung durch später antretende Agnaten nicht anerkannt werden wird, also für die demnächst eintretende Hinfälligkeit des Verpfändungsvertrages. Indessen ist die grundsätzliche Nichthaftung des Fideicommissnachfolgers für die Schulden mehrfach modifiziert. Derselbe muss nämlich gleichwohl für solche Schulden einstehen, welche entweder bereits der Stifter vor oder bei der Stiftung auf das Fideicommiss gelegt hat, oder welche von einem späteren Fideicommissinhaber kraft eines rechtsförmlichen[24]) Familienschlusses kontrahiert sind. Für Schulden hingegen, die der Fideicommissbesitzer ohne solchen Familienschluss aufgenommen hat, können sich die Gläubiger an die Früchte des Fideicommisses[25]) aus der Besitzzeit des die Schuld kontrahierenden Fideicommissinhabers halten. Manche Landesrechte machen aber den Fideicommissinhaber noch für eine dritte Art von Schulden verantwortlich, nämlich solche, deren Aufnahme für die Erhaltung des Fideicommissguts notwendig waren[25]). Für diese auch ohne Familienschluss verbindlichen Schulden können die Gläubiger je-

---

[23]) Vergl. v. Gerber a. a. O. § 84 S. 209, v. Salza a. a. O. S. 252.

[24]) Gerichtliche Bestätigung des Familienschlusses wird gemeinrechtlich erfordert, s. Bluntschli a. a. O. § 68 S. 205.

[25]) Die Früchte und Revenüen des Fideicommisses unterliegen für Schulden, die der Besitzer gemacht hat, der gewöhnlichen Pfändung, nur muss dem Fideicommissbesitzer notdürftiger Unterhalt bleiben, § 850 S. 2, 3 CPO. (nicht standesgemässer); cfr. Urteil des 1. Civilsenats des Oberlandesgerichts Kassel vom 7. April 1893 in Seufferts Archiv N. F. Bd. XIX S. 117 ffg.

[25]) ALR. II, 4 § 80 ff.

doch nur die Früchte[27]), die nach der Besitzzeit des Kontrahenten der Schulden zuwachsenden einbegriffen, in Anspruch nehmen[28]).

Das Preussische ALR., dessen Bestimmungen hier als ein partikularrechtliches Muster angeführt sein mögen, stellt folgende Rechtsätze auf:

Das die Veräusserung durch den Fideicommissbesitzer hindernde Recht ist das Obereigentum der ganzen Familie (§ 73 ALR. II, 4), an welchem jeder Anwärter teil hat. Dieses Recht ist ein gegenwärtiges und erzeugt für jeden Anwärter eine Klage gegen jeden Teilhaber, der es verletzt. Verschieden hiervon ist die im § 70 ALR. II, 4 dem Fideicommissnachfolger gegebene Revokationsklage. Diese beruht auf dem landrechtlich angenommenen nutzbaren Eigentum des Klägers und hat die Natur der rei vindicatio, mit welcher die Herausgabe der widerrechtlich veräusserten Sache an den Kläger als nunmehrigen nutzbaren Eigentums begehrt wird. Die Revokationsklage ist erst nata nach eingetretenem Succesionsfalle. Da der Anwärter ein präsentes Recht aus dem Obereigentum hat, so kann er die damit verbundene Klage nach § 771 der CPO. auch gegen den Gläubiger des Fideicommissinhabers erheben, wenn dieser das Fideicommissgut zur zwangsweisen Versteigerung bringen will[29]). Der § 771 CPO bestimmt, dass, wenn ein Dritter behauptet, dass ihm am Gegenstande der Zwangsvollstreckung ein die Veräusserung hinderndes Recht zustehe, der Widerspruch des Dritten gegen die Zwangsvollstreckung im Wege der Klage beim Vollstreckungsgericht geltend zu machen ist.

§ 2.

Uebersicht über das Recht des Lehns.

Das Lehn ist ein an lebenslängliche oder erbliche Beleihung mit einem nutzbringenden Rechte geknüpftes Schutz- und Treuverhältnis, welches den Lehnsmann zu Lehnsdiensten (Heeres- und Hoffolge), den Lehnsherrn zum Schutze des Vasallen verpflichtet. »Das Recht des Lehnsherrn besteht aus persönlichen und dinglichen Elementen, aus einer persönlichen Herrschaft über den Vasallen, welcher, wie gesagt, zu Lehnsdiensten und zur Treue verpflichtet ist, und aus einer dinglichen Herrschaft über das

---

[27]) Sogenannte Revenüen-Hypotheken des Preuss. Rechts.

[28]) ALR. II, 4 §§ 108 f.

[29]) Dem Fideicommissanwärter steht im Gebiete des gemeinen Rechts diese Klage nicht zu, weil er kein praesentes Recht hat, wie der landrechtliche Anwärter, der aus dem Obereigentum der Familie klagt.

Lehnsobjekt, indem er entweder das Eigentum hat, oder, wenn er selbst bereits von einem Lehnsherrn beliehen und nur unterer Herr ist, ein vasallitisches Nutzungsrecht an dem Gut hat, welches freilich durch die von ihm selbst ausgehende Verleihung beschränkt ist«[30]).

Der Vasall ist nicht Eigentümer der Lehnssache, wie der Besitzer eines Familienfideicommisses, sondern er hat als Singularsuccessor nur ein jus in re aliena, welches dem Vasallen freilich ziemlich dasselbe Herrschaftsgebiet gewährt, wie einem Eigentümer[31]) sein Eigentum[32]). Die ordentliche Begründungsart des Lehns ist die Investitur, eine der Auflassung entsprechende Form der Rechtsübertragung, bei welcher der Vasall dem Herrn den Treue-Eid (homagium) zu leisten hat. Der Inbegriff der dem Herrn aus der Verleihung zustehenden Rechte ist die Lehnsherrlichkeit. Die Lehnsherrlichkeit umfasst:

1. die Verpflichtung des Vasallen, alle dem Herrn nachteiligen Handlungen zu unterlassen, sowie die Leistung einer besonderen Ehrerbietung, die Lehnsreverenz,
2. das Recht auf Lehndienste,
3. das Recht auf Lehnserneuerung. Der Vasall ist danach verpflichtet, eine neue Investitur nachzusuchen, sobald ein Wechsel in der Person des Lehnsherrn oder des Vasallen eintritt. Hierfür ist meist eine Abgabe (Lehnware, laudemium) zu entrichten. Das Gesuch des Vasallen um die neue Belehnung heisst Muthung

Der Lehnsherr ist wirklicher Eigentümer des Lehnguts[33]) im Sinne eines römischen Proprietars[34]), nur dass sich die aus der Proprietät für den Herrn dem Vasallen noch restierenden aktuellen Befugnisse nach den Rechtsnormen des Lehnverbandes richten,

---

[30]) vergl. Stobbe-Lehmann, Bd. II, 2. Halbband S. 409.

[31]) Der Vasall erwirbt deshalb die Früchte durch Separation, nicht durch Perzeption, siehe Urteil des obersten Landesgerichts für Bayern vom 28. Dezember 1881 in Seufferts Archiv N. F. Bd. 7 S. 402.

[32]) Der Vasall muss das Lehngut in gutem Stande halten; cfr. Behrend bei v. Holtzendorff, a. a. O. § 46 S. 470. — Es bekommt deshalb der vorbesitzende Vasall und folgeweise auch dessen Allodialerbe keine Vergütung wegen Meliorationen, wenn es zwischen ihm und dem Lehnsnachfolger sich um die Sonderung des Lehnsvermögens von dem Allod handelt —, s. Urteil des V. Civilsenats d. R. G. in Seufferts Archiv N. F. Bd. 16 S. 168.

[33]) Der Lehnsmann hat kein dominium utile, wie die älteren Germanisten annehmen, s. Hagemann a. a. O. § 7 S 8 und die dort citierten Schriftsteller.

[34]) Dies Eigentum des Lehnsherrn mit allen seinen privatrechtlichen Befugnissen erschöpft aber die Lehnsherrlichkeit nicht, s. Heusler, a. a. O. Bd. 2 § 108 S. 163 f.

Das Eigentum des Lehnsherrn äussert sich hauptsächlich in folgenden ihm verbliebenen Befugnissen:

1. Der Lehnsherr kann den Gegenstand des Lehns veräussern, gleichzeitig mit dem Verkauf des Lehnsgutes kann die Lehnsherrlichkeit selbst ohne Einwilligung des Vasallen veräussert werden, nur nicht an einen dem Stande nach Geringeren oder unter Zersplitterung durch Uebertragung an Mehrere. Das langobardische Lehnrecht bindet jede Veräusserung der Lehnsherrlichkeit an die Einwilligung des Vasallen.

2. Der Vasall bedarf der Zustimmung des Lehnshern, wenn er das Lehn veräussern will.

3. Der Lehnsherr ist berechtigt, Deteriorationen des Lehnguts durch geeignete Maasregeln zu verhindern.

4. Der Lehnsherr ist befugt, für den Fall des Aufhörens des vasallitischen Rechts schon jetzt über das Lehn zu disponieren.

5. Auch während der Dauer des Lehnsverbandes ist der Herr befugt, gegen Dritte alle Rechte des Eigentums geltend zu machen und die auf das Gut bezüglichen Klagen zu erheben.

Was die Lehnsveräusserung im einzelnen betrifft, so ist sie nach deutschem Lehnrecht unwirksam, wenn sie dem Vasallen die Gewere des Lehnguts und dem Herrn den Lehndienst entzieht. In einigen Fällen haben auch die Kinder des Veräusserers ein Widerspruchsrecht. Das langobardische Lehnrecht liess eine partielle Veräusserung des Lehnguts ohne Zustimmung des Lehnherrn zu, verbot indess eine totale, auf welche überdies die Verwirkung des Lehns gesetzt war, wenn sie ohne Einwilligung des Senior erfolgte. Nach den kaiserlichen Verordnungen von Lothar (II. feud. 52) und Friedrich II. sind die ohne Wissen und Willen des Lehnsherrn vollzogenen Veräusserungen des Lehns nichtig und das Lehn fällt strafweise an den Herrn heim; eine Verjährung der bezüglichen Klagen findet nicht statt. Nach diesem kaiserlichen Veräusserungsverbot stellen sich folgende Veräusserungen[35]) als hinfällig dar:

1. Die Uebertragung des gesamten vasallitischen Rechts in der Art, dass der Vasall sich vermessen würde, einen andern als Vasallen an seiner Statt einzusetzen und ihm den Lehnsbesitz zu übergeben

---

[35]) Keine Veräusserung ist es, wenn der Vasall das Gut deterioriert, z. B. Raubbau treibt, nicht schlagbares Holz abschlägt; auch an diesen missbräuchlich gezogenen Lehnsfrüchten erwirbt der Vasall durch Separation das Eigentum vorbehaltlich seiner persönlichen Verantwortlichkeit; Urteil d. obersten Landesgerichts für Bayern vom 28. Dezember 1881 in Seufferts Archiv, N. F. Bd. 7, S. 402 f.

2. Veräusserungen, welche in ihren Konsequenzen zur Aufhebung des Lehnverbandes führen müssen, nämlich Verpfändungen des Lehns ohne Zustimmung des Herrn, welche die Distraktion in Aussicht stellen, sind nichtig. Die Früchte des Lehns dagegen können verpfändet werden, auch antrichretisch, aber dies nur für die Zeitdauer des vasallitischen Rechts des Pfandbestellers und seiner Descendenz. Soll das Lehn selbst der Substanz nach verpfändet werden, so gehört zur Rechtsgültigkeit der Verpfändung die Einwilligung des Lehnsherrn und der Agnaten des Vasallen. Erteilt der Lehnsherr seine Einwilligung, so ist darin nicht eine Veräusserung seines Eigentums und ein Verzicht auf den Lehnsnexus enthalten, sondern nur die Einräumung der Befugnis, das Lehn an eine andere lehnsfähige Person im Falle der Realisierung des Lehnspfandes zu distrahieren, mit welcher der Senior alsdann das Lehnsverhältnis fortsetzt.

3. Nichtig sind letztwillige Verfügungen über die Substanz des Lehns, wenn diese Dispositionen die Ordnung der Berufung der Agnaten zur Succession in das Lehn durchbrechen würden, sodass das letztere an einen extraneus gelangen würde.[36]) Der Lehnsherr und die Agnaten können eine solche verbotswidrige Veräusserung widerrufen, die Descendenten des Erblassers jedoch nur insoweit, als sie im Pflichtteil verkürzt sind.

4. Ungültig sind Veräusserungen in der Gestalt, dass zwischen den bisherigen Lehnsherrn und Vasallen ein neuer Lehnsherr gesetzt wird (subinfeudatio per oblationem).

Eine Afterbelehnung, bei welcher der Vasall das Lehn einem andern zu Lehn gibt, ist auch ohne Einwilligung des Lehnsherrn gültig, wenn nur der Afterverleiher in seiner Stellung als Vasall seinem Senior gegenüber verbleibt. Die Agnaten brauchen die Subinfeudation nicht anzuerkennen, sie können gegen den Aftervasallen die Regel gebrauchen:

»Resoluto jure concedentis resolvitur jus concessum.«

Eine nach Vorstehendem verbotswidrige Veräusserung ist ipso jure ungültig und zieht die Verwirkung des Lehns nach sich, die der Lehnsherr mit einer der Verjährung nicht unterworfenen Vindikation geltend machen kann.[37]) Gelangt durch die auf die

---

[36]) Abänderungen der Successionsordnung unter Einwilligung des Lehnsherrn und der Agnaten sind statthaft. s. Cosack, a. a. O. § 128 S. 216.

[37]) Dem Lehnsherrn steht gegen den Besitzer des Lehns, welcher nicht Vasall ist, die Klage auf Herausgabe des Lehns zu, auch wenn dasselbe nicht heimgefallen ist. Denn während der Dauer des Lehnverbandes hat der Lehnsherr gegen

Vindikation erfolgende Restitution des Lehns dasselbe wieder in die Hand des Senior, so tritt zunächst eine Konsolidation ein. Diese Konsolidation wirkt indess nur solange, als der Vasall, der die verbotene Veräusserung vornahm, und seine lehnsfähige Descendenz existiert. Sobald aber nach dem ordo successionis der Anfall an einen anderen Agnaten erfolgt, so ist dieser berechtigt, das Lehn dem Senior abzufordern und die Investitur zu verlangen. Hatte der Lehnsherr der Veräusserung zugestimmt, so schmälert dies die Rechte der Agnaten nicht, die ihnen nach der Successionsordnung gebühren. Demzufolge hat der Agnat, welcher zunächst Successionsberechtigter ist, eine actio revocatoria feudi, die den Charakter einer Vindikation hat[38]), mit welcher der Agnat jedem Inhaber das Lehn abnimmt. Der Vasall, welcher die Veräusserung vornahm, hat so wenig das Recht, diese actio revocatoria anzustellen, wie seine Descendenten; sie sind an die Veräusserung gebunden.[39])

Nach gemeinem und preussischem Lehnrecht ist die erst nach vollendeter Ersitzung eines zum Lehn gehörigen Grundstücks erhobene Revokationsklage eines Lehnsanwärters ohne Erfolg, obschon diese Klage selbst erst mit dem Anfall des Lehns an diesen Anwärter zur Entstehung gelangt, folglich die erlöschende Verjährung für diese Klage erst mit diesem Zeitpunkt zu laufen beginnt. Denn der Revokationsklage steht eine exceptio dominii aus der unabhängig von der Entstehung dieser Klage zur Vollendung gelangten Ersitzung entgegen.

Die Folgen der Nichtigkeit einer unstatthaften Lehnsveräusserung können gehoben werden durch Zustimmung oder nachfolgende Genehmigung der zur Revokation Berechtigten in die Lehnsveräusserung. Die Revokationsberechtigten, sowohl der Lehnsherr als die Lehnsnachfolger, müssen aber sämtlich zustimmen, wenn die Nichtigkeit der Veräusserung verhütet oder geheilt werden soll. Der Lehnsherr kann weder die Lehnssuccessionsberechtigten, noch können diese jenen an der Ausübung des Revokationsrechts hindern. Wenn sowohl der Lehnsherr wie die Agnaten eingewilligt habe , so setzt dies für die Rechtsbeständigkeit voraus, dass die Veräusserung nicht etwa aus einem andern Grunde ungültig ist.

---

dritte Inhaber des Lehns die Rechte des Eigentümers, s. Urteil des 3. Civilsenats des R.G. vom 16. September 1880 in Entsch. i. Civils. Bd. XXVI, S. 199.

[38]) Ueber die actio revocatoria als Vindikation, s. Eichhorn a. a. O. S. 582; Stobbe a. a. O. § 465. Pfeiffer in Weiskes Rechtslexikon Bd. 6, S. 587 f. s. v. Lehnsveräusserung.

[39]) I. feud. 8 § 1, cf. II. feud. 39, II. feud. 83.

Denn die Einwilligung hat nur einen accessorischen Charakter, sie dient zur Bekräftigung des Geschäfts nach dem in der Rechtsregel ausgesprochenen Gedanken: »aliud est vendere, aliud vendenti consentire« (L. 160 D. de divers. reg. jur. 50, 17).

Streitig ist, inwiefern die volle Wirksamkeit einer konsentierten Veräusserung auch gegenüber den Descendenten des Veräusserers, sowie den Descendenten des Konsentierten geltend gemacht werden kann. Denn die Entscheidung hängt zusammen mit der allgemeinen Frage über die Haftung der Descendenten für Handlungen ihrer Ascendenten in Bezug auf das Lehn. Da der Descendent ex pacto et providentia majorum auf Grund der Successionsordnung und seines Agnations-Verhältnisses succediert[40]), so ist die Regel, dass er an die Handlungen seines Ascendenten nicht gebunden ist, wenn nicht ein besonderer Verpflichtungsgrund für den Descendenten eintritt. Ein derartiger Verpflichtungsgrund liegt aber vor, wenn die Einwilligung sämtlicher Revokationsberechtigten die Anwendung des gesetzlichen Veräusserungsverbotes beseitigt hat. Denn alsdann vermag der Descendent und der Erbe des Veräusserers ebensowenig, als dieser selbst es konnte, sich dem dritten Mitkontrahenten gegenüber der vertragsmässigen Verpflichtung zu entziehen, nämlich das Veräusserungsgeschäft zu erfüllen, oder, nachdem es vollzogen, es dabei zu belassen, solange sein Recht am Lehn dauert.[41])

Das System der Lehnschulden, welche teils erlaubte, teils unerlaubte sind, bei Verpfändungen teils die Substanz des Lehns, teils dessen Früchte erfassen, ist im Lehnrecht sehr eingehend behandelt und nach Kategorien geordnet, indessen haben diese Vorschriften unserem Thema gegenüber keine Bedeutung. Dass der Vasall das Gut nicht verschulden darf, folgt aus der Gebundenheit seines dinglichen Nutzungsrechtes. Der Vasall ist eben nicht der Eigentümer des Lehnguts. Die Gültigkeit eines Pfandrechtes setzt aber Eigentum des Verpfänders oder mindestens ein in bonis Haben des Pfandobjekts auf seiner Seite voraus.

---

[40]) »Der Agnat erwirbt das Lehn nicht als Erbe des nächsten, ihm und dem letzten Lehnsbesitzer gemeinschaftlichen Ascendenten, sondern vermöge der Investitur des ersten Erwerbers.« »Söhne und weitere Abkömmlinge des Lehnsbesitzers erwerben nach dessen Tode das Lehn, nicht weil sie Erben des Lehnbesitzers geworden sind, sondern, wie die Seitenverwandten, weil sie von dem ersten Erwerber des Lehns abstammen (ex pacto et providentia majorum).« Urteil d. I. Civilsenats d. R. G. vom 20. 12. 1890 in Entsch. Bd. 32 S. 272.

[41]) Pfeiffer in Weiskes Rechtslexikon, s. v. Lehnssuccession Bd. 6, S. 524 f

Das preussische Lehnrecht (I, 18 § 13 ff. ALR.), welches ja nur subsidiäre Geltung hatte, ist in seiner Bedeutung als Rechtsquelle ziemlich beseitigt, das praktische Lehnrecht ist in Preussen provinziell.[42]) Es wird deshalb auf eine Erörterung aus diesem Rechtsgebiete verzichtet. Die einzelnen Rechtsnormen des Preussischen Lehnrechtes, welche noch in Uebung sind und praktische Geltung beanspruchen, werden an ihrem Platze im Laufe der Darstellung erörtert und zur Anwendung gebracht werden.

§ 3.

Die Errichtung einer Prädialservitut durch Rechtsgeschäft am Fideicommiss und am Lehn.

Wenden wir uns nunmehr zu der Frage, ob der Fideicommissinhaber an dem Fideicommissgut eine Prädialservitut bestellen könne. Diese Frage bedarf ihrer Lösung. Denn wenn der Fideicommissbesitzer nicht die Befugnis besitzt, eine Prädialservitut zu errichten, so könnte auch ein Dritter nicht im Wege der ordentlichen Ersitzung eine Prädialservitut an dem Fideicommissgut erwerben, weil es ihm an einem gültigen translativen Titel fehlen würde, der eine Voraussetzung der ordentlichen Ersitzung bildet. Der Fideicommissbesitzer und die später succedierenden Agnaten würden alsdann die errichtete Servitut als ungültig behandeln können.

Der Fideicommissinhaber ist — wie gesagt worden. — Eigentümer des Gutes. Von dieser Seite aus würde mithin der Bestellung einer Servitut nichts im Wege stehen.

Der Fideicommissbesitzer darf aber das Gut nicht deteriorieren, er muss es als ein guter Wirt benutzen[43]) und er haftet dabei für culpa levis. Dies ist jedoch nur eine persönliche Verpflichtung, die der Fideicommissinhaber gegenüber dem Nachfolger hat. Handelt der Fideicommissinhaber seiner genannten Pflicht ent-

---

[42]) Ueber das Lehnrecht des ALR. und seine Beseitigung durch die für einzelne Provinzen erlassenen Gesetze und Verordnungen, sowie durch Landesgesetze, welche seine Normen und Prinzipien aufgelöst haben, siehe Rehbein und Reincke, Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten, Bd. II, S. 267 ff.

[43]) v. Salza bei Weiske s. v. Familienfideicommisse Bd. IV, S. 249. Urteil des obersten Landesgerichts für Bayern vom 30. Juni 1884 in Seufferts Archiv N. F. Bd. X, S. 187 f, woselbst der Fideicommissbesitzer für verpflichtet erklärt wird, das Fideicommissgut in gutem Zustande zu erhalten, die notwendigen Verbesserungen und Reparaturen rechtzeitig vorzunehmen, die abgängigen Stücke des Inventars zu ergänzen. Der Fideicommissbesitzer habe darin die Pflichten, wie ein Usufructuar.

gegen dadurch, dass er eine sehr lästige, das Gut schädigende Servitut bestellt, so kann der Fideicommissfolger des Bestellers der Servitut deren Ungültigkeit dem Servituterwerber gegenüber nicht aus dem Grunde geltend machen, dass der Vorgänger seiner Pflicht zuwider gehandelt habe, das Gut als ein guter Wirt zu benutzen.[44])

Es fragt sich aber, ob die Bestellung einer Prädialservitut seitens des Fideicommissinhabers nicht etwa unter das Veräusserungsverbot fällt[45]) und von dem Fideicommissfolger widerrufen werden kann. Hierbei ist zunächst zu untersuchen, ob die Servitutenbestellung eine Veräusserung darstellt. Der Begriff der Veräusserung wird im Recht je nach der betreffenden Norm bald weiter, bald enger genommen. Die Errichtung einer Servitut gilt im römischen Recht als Veräusserung, wenn es sich um ein durch Gesetz, Testament oder Vertrag festgesetztes Veräusserungsverbot handelt. Hierüber bestimmt die const. 7 Cod. de rebus alienis non alienandis 4,51 folgendes:

> »Sancimus sive lex alienationem inhibuerit sive testator hoc fecerit sive pactio contrahentium hoc admiserit, non solum dominii alienationem vel mancipiorum manumissionem esse prohibendam, sed etiam usus fructus dationem vel hypothecam vel pignoris nexum penitus prohiberi: similique modo et servitutes minime imponi, nec emphyteuseos contractum, nisi in his tantummodo casibus, in quibus constitutionum tenor qui alienationem interdixit, aliquid tale fieri permiserit.«

Hier ist von Justinian ausgesprochen,[46]) dass unter den Begriff der Veräusserung im Hinblick auf ein gesetzliches, testamentarisches,

---

[44]) A. A. v. Salza: Die Lehre vom Familienfideicommiss, § 88, S. 172, der die Nichterrichtung von Servituten zu den Erhaltungspflichten des Fideicommissbesitzers hinsichtlich des Gutes rechnet.

[45]) Diese Frage wird unten wiederkehren, wenn es sich darum handelt, ob die vollendete Ersitzung eine Veräusserung ist oder nicht.

[46]) Unter »Veräusserung« versteht man jetzt das Aufgeben eines Rechts zum Zwecke der Uebertragung auf einen Anderen. Der Begriff deckt sich also nicht mit dem römischen »alienatio«, welche, wie l. 5 § 8 D. 27. 9 beweist — anderer Ansicht Dernburg, Pandekt. Bd. I § 83 —, auch da gegeben war, wo ein Recht aufgegeben wurde, ohne dass es auf einen Anderen übertragen wurde. —

So auch das Bürg. Gesetzbuch, dessen »Veräusserung« sich auch nicht mit der des bayrischen Entwurfs deckt, die auch diejenigen Rechtsgeschäfte begreift, durch welche eine dingliche Belastung auf eine Sache gelegt wird; ähnlich das Sächsische Bürgerl. Gesetzbuch § 219. Im B. G.-B. steht die »Belastung« selbstständig neben der Veräusserung.

oder vertragsmässiges Veräusserungsverbot in der Regel auch die Errichtung einer Servitut fällt. Doch soll dies Ausnahmen erleiden, wenn nämlich nach der richtigen Interpretation des Gesetzes oder Testaments, oder nach Sinn und Zusammenhang des Vertrages, welche das Veräusserungsverbot aussprechen, ein anderes anzunehmen ist; hier also gilt die Servitutbestellung nicht als Veräusserung. Es fragt sich hiernach, ob die Servituterrichtung seitens des Fideicommissbesitzers unter die Regel oder unter die Ausnahme fällt. Dabei ist die Natur des fideicommissarischen Eigentumsrechts mit Rücksicht auf seine Befugnisse zu untersuchen.

Der Fideicommissbesitzer ist nur interimistischer Eigentümer. Er hat das Eigentum nur mit Rücksicht darauf, dass er es dereinst an seinen Nachfolger abliefern muss. Daher auch die Pflicht zur Erhaltung des Guts, das Verbot der Deterioration, die Haftung für omnis culpa, die doch andern Eigentümern nicht obliegt. Der Nachfolger im Fideicommiss ist an Veränderungen des Guts, die sein Vorgänger vorgenommen, namentlich auch an dessen Verfügungen über die Substanz, nicht gebunden, er braucht sie nicht anzuerkennen. Interpretiert man das fideicommissarische Veräusserungsverbot aus dieser Rechtsstellung des Fideicommissbesitzers, so würde eine Servitutbestellung, wenn sie eine Alienation der Substanz enthielte, gleich anfangs nichtig sein, denn sie würde unter das Veräusserungsverbot fallen. Allein der Gesichtspunkt der Substanzveräusserung trifft für die Errichtung einer Servitut wohl nicht zu. Dienstbarkeiten sind nur Gebrauchs- oder Nutzungsrechte an einer fremden Sache, sie ergreifen nicht die Substanz, sondern sie beschränken nur den Gebrauch und die Benutzung des Eigentümers.

Im weitesten Sinne ist Veräusserung auch jede willentliche Herbeiführung des Verlustes eines Rechts, wenngleich das den Verlust Begründende etwas Anderes ist, als die Willenserklärung des Verlierenden.

In welchem Sinne der Ausdruck »Veräusserung« wirklich zu verstehen sei, bleibt für jede einzelne Rechtsregel, in welcher er vorkommt, zu untersuchen; vergl. Windscheid-Kipp, Pand. Bd. I (8. Aufl.), S. 273.

Die Veräusserung ist (so auch nach B.-G.-B.) ein engerer Begriff als »Verfügung.« Unter rechtsgeschäftlichen »Verfügungen« sind solche Rechtsgeschäfte zu verstehen, deren Rechtswirkung auf eine Sache oder ein Recht unmittelbar gerichtet ist. Dass das Rechtsgeschäft dem Sachenrechte angehöre, ist durchaus nicht erforderlich, sondern nur, dass durch dasselbe nicht lediglich eine Verpflichtung zur Vornahme einer Rechtsänderung begründet werde, sondern unmittelbar eine Rechtsänderung stattfinde.

Elvers[47]) hält die Servitut für eine Eigenschaft des dienenden Grundstücks. Diese Ansicht erklärt aber den Begriff der Servitut nicht, sie enthält überhaupt eine unjuristische, das Wesen nicht klarlegende Anschauung, die nur gelegentlich und vergleichsweise in der Justinianischen Gesetzessammlung ausgesprochen wird. Es ist nicht richtig, wenn Elvers a. a. O. S. 38 behauptet, »die dienende Sache wird daher durch die Servitut intensiv kleiner«; denn eine Eigenschaft, als etwas Unkörperliches, Abstraktes, nimmt vom Körper der Sache nichts weg, sondern bestimmt nur seine Art, Beschaffenheit und Güte.

Nach Büchel[48]) sollen die Servituten Eigentumsbestandteile sein, die vom dienenden Eigentum losgelöst und auf das herrschende Grundstück übertragen wären. Wäre diese Ansicht richtig, so würde jede Errichtung einer Prädialservitut eine teilweise Veräusserung des dienenden Grundstücks enthalten. Allein dies ist nicht der Fall; das dominium bleibt ein plenum, wie es vor der Servituterrichtung war. Wäre vom dienenden Grundstück ein Eigentumsbestandteil einfach abgelöst und auf das herrschende durch die Servituterrichtung übertragen, so müsste vor der letzteren der Eigentümer des dienenden Grundstücks die Servitut selbst haben ausüben können, was unmöglich ist. Die Servitut als Recht des herrschenden Grundstücks ist ein qualitativ ganz anderes Recht, als die vermehrte Eigentumsbefugnis, die der Eigentümer des dienenden Grundstücks v o r der Errichtung der Servitut hatte. Mit anderen Worten: es ist durch die Servitut und mit derselben dem Eigentümer des herrschenden Grundstücks nicht dasselbe gegeben, was dem Eigentümer des dienenden Grundstücks genommen wäre. Wenn z. B. jener für sein Grundstück die Dienstbarkeit der Dachtraufe hat, so ist dem damit Belasteten nicht ein Recht der Dachtraufe genommen, er besass solches Recht als unbelasteter Eigentümer überhaupt nicht

Sind hiernach die Prädialservituten Gebrauchs- und Benutzungsrechte, welche eine Beschränkung nicht der Substanz, sondern der Ausübung des Eigentums des dienenden Grundstücks bilden, so ist der Fideicommissbesitzer nicht gehindert, eine Servitut am Fideicommissgut zu bestellen; denn sie ist keine Substanzveräusserung, sondern sie beschränkt ihn nur im Gebrauch und Benutzung des Guts. Dieser Gebrauch und diese Benutzung

---

[47]) Elvers, die römische Servitutenlehre, S. 39 § 4.

[48]) Büchel, I. Nachtrag zu der Abhandlung über jura in re und deren Verpfändung, in civilrechtliche Erörterungen, Bd. I. S. 287 ff., S. 420 ff., S. 439 ff.

des Gutes aber stehen dem Fideicommissbesitzer zu, sie machen gerade den Kern des fideicommissarischen Rechts aus. Die Errichtung einer Prädialservitut ist aber auch den Beschränkungen dieses fideicommissarischen Rechts unterworfen. Das Fideicommisseigentum in der Hand des zeitigen Inhabers ist — wie erwähnt — ein interimistisches. Demgemäss müssen auch die jura in re, die auf diesem Fideicommisseigentum begründet werden, eine interimistische Natur haben. Prädialservituten, die der Fideicommissinhaber bestellt, unterliegen der Regel: »Resoluto jure concedentis resolvitur jus concessum«.

Es ist denn auch die herrschende Meinung, dass solche Dienstbarkeiten das Fideicommisseigentum des Bestellers nicht überdauern.[49])

Lewis[50]) hat nun bestritten, dass es eine Servitut sei, die der Fideicommissinhaber bestellt, er meint, dies sei nur ein persönlicher Anspruch obligatorischer Natur auf Gewährung der in der Servitut liegenden Rechte gegen den Besteller. Diese Ansicht geht indessen zu weit. Denn der Fideicommissinhaber hat zwar ein revocables Eigentum, indess ist dieses Eigentum vor der Revokation qualitativ und tatsächlich so beschaffen, wie ein irrevocables und ebenso, wie der irrevocable Eigentümer Servituten bestellen kann, hat auch der Fideicommissbesitzer als revocabler die Legitimation und Kompetenz hierzu.

Es fragt sich, ob der Vasall dem Lehnsgrundstück eine Servitut durch Vertrag oder sonst ein Rechtsgeschäft auferlegen kann. Die Frage wird von einer Anzahl von Schriftstellern[51]) bejaht, mit Berufung auf II. feud. 8 pr.: »Quid ergo si pretio vel dolo aut iniuria servitutem rei beneficiariae imponi patiatur, et ad dominum ex qualibet causa postea beneficium revertatur, an ex

[49]) Lewis, Das Recht der Familienfideicommisse § 16 S. 226; v. Roth, a. a. O., § 333 S. 770; v. Salza, Die Lehre von Familien- etc. Fideicommissen § 88, S. 172.

[50]) Lewis, a. a. O.

[51]) G. L. Boehmeri, Principia iuris feudalis praesentim longobardici p. 195 § 263; Pfeiffer in Weiskes Rechtslexikon, Bd. 6 S. 594, s. v. Lehnsveräusserung; Eichhorn, Einleitung in das deutsche Privatrecht mit Einschluss des Lehnrechts, § 227 S. 580; Weber, Handbuch des in Deutschland üblichen Lehnrechts, Teil IV, § 263 S. 390 ff.; Pfeiffer a. a. O. schreibt dem Vasallen einen Anteil an der Proprietät des Lehngrundstücks, Weber a. a. O. ein Lehn-Eigentum zu. Mit der Unrichtigkeit dieser Auffassung zerfällt auch der daraus abgeleitete Grund für die Konstituierung einer Servitut durch den Vasallen; ferner Pätz, Lehrbuch des Lehnrechts § 126 S. 320, der aber in Not. 1 daselbst andeutet, dass solche vom Vasallen errichtete Servitut eine besondere Natur habe.

eo praejudicium domino generetur, quaesitum fuit. Et responsum est, ut vasallo quidem, donec feudum tenet, possit obesse: domino autem etsi per longa tempora perseveraverit, servitus minime noceat« [52]).

So bemerkt Boehmer (l. c. § 263 p. 195): »Potest ergo vasallus jure suo usumfructum et servitutes in sui suorumque descendentium praejudicium feudo imponere, partemque fundi in emphyteusin dare, irrequisito etiam domini consensu. Sed feudo aperto, exspirat servitus et emphyteusis sine domini consensu constituta«.

Indessen ist jene Frage trotz II. feud. 8 pr. zu verneinen. Dieses Gesetz enthält überhaupt nicht den dispositiven Ausspruch, dass der Verkauf einer Servitut (si pretio . . . servitutem rei beneficiariae imponi patiatur) eine Servitutbestellung sei, sondern das Gesetz entscheidet nur, dass, wenn der Vasall eine Servitut bestellt, er hieran für die Dauer des vasallitischen Rechts gebunden ist, der Herr jedoch nach Heimfallen des Lehns nicht. Das Rechtsverhältnis, welches der Vasall und der Dritte eingegangen sind, wird hier allerdings »servitus« genannt. In Wirklichkeit liegt aber eine echte römischrechtliche Prädialservitut n i c h t vor. Denn nur der Eigentümer ist befugt, eine Servitut zu errichten und so das Grundstück dienstbar zu machen, der Vasall hat aber kein Eigentum, sondern nur ein jus in re. An einem jus in re kann aber keine Prädialservitut bestellt werden, denn Gegenstand einer solchen kann nur eine körperliche Sache, kein Recht sein. Wie an einer anderen Servitut, so kann auch an einem L e h n r e c h t keine Servitut eingeräumt werden, es fehlt ferner die causa perpetua, welche ein Requisit der Errichtung der Prädialservitut ist. Denn mit dem Heimfall des Lehns oder der sonstigen Beendigung des vasallitischen Rechts würde die Servitut aufhören müssen, es wäre eine ad tempus bestellte Dienstbarkeit, welche römisch-rechtlich nicht entstehen kann.[53]) Die vermeint-

---

[52]) Ortloff, Grundzüge eines Systems des deutschen Privatrechts, Jena 1828, S. 366, will II. feud. 8 pr. nur von der Zulässigkeit der Auflegung von Realservituten durch den Vasallen verstehen.

[53]) L. 4 pr. D. de serv. 8, 1: »Servitutes ipso quidem jure neque ex tempore neque ad tempus, neque sub conditione, neque ad conditionem . . . . constitui possunt«. Nach gemeinem Recht soll diese Regel, wie Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts Bd. I § 212 No. 6, und v. Vangerow, Lehrbuch der Pandekten Bd. I §340 Anm. I, behaupten, keine Geltung mehr haben, vielmehr sei die Bestellung von Real-Servituten unter einer Bedingung und Zeitbestimmung für ihre Dauer möglich.

liche Servitutbestellung, die der Vasall vornimmt, ist rechtlich so zu konstruieren, dass er nur ein obligatorisches Recht an dem Gebrauch oder der Benutzung des Lehngrundstückes überträgt[54]) ähnlich wie bei einer Verpachtung des vasallitischen Nutzungsrechts, welche zulässig ist.[55]) Weil der Dritte aus der vom Vasallen vorgenommenen Bestellung einer Prädialservitut ein, obligatorisches Recht erwirbt, so kann der Vasall während der Dauer des Lehnsverhältnisses dem Dritten die titulo servitutis eingeräumte Befugnis nicht entziehen, wie II feud. 8 pr. zutreffend anordnet. Da aber die eingeräumte Servitut mit der Revokabilität behaftet ist, so steht sie dem dominus nach Heimfall des Lehns nicht mehr entgegen.

Die Bestellung einer vermeintlichen Servitut wird übrigens aus den schon oben beim Fideicommiss geltend gemachten Gründen nicht deshalb gehindert, weil sie etwa unter das Veräusserungsverbot fiele. Denn an eine Substanzveräusserung kann beim Vasallen noch weniger gedacht werden, wie beim Fideicommissbesitzer. Eine Einwilligung des Senior zur Servitutenbestellung des Vasallen ist belanglos, indem sie das Rechtsverhältnis nicht anders qualifiziert.

---

[54]) Aus demselben Grunde ist es auch kein Niessbrauch, den der Vasall einem Dritten am Gute selbst einräumen möchte. Mayr, Handbuch des gemeinen und bayrischen Lehnrechts § 122, will die Befugnis des Vasallen zur Niessbrauchbestellung auf die Analogie des Lehntextes II. feud. 8 pr. gründen. Derselben Ansicht ist Pätz, Lehrbuch des Lehnrechts § 136, und Weber, Handbuch Th. IV. § 252 S. 340. Allein die Bestellung eines Niessbrauches durch den Vasallen am Gut wäre ein Niessbrauch, den nicht ein Proprietar eingeräumt hat, vielmehr stände eine andere Person dem Fructuar als Proprietar gegenüber, wie der Besteller, was rechtlich unmöglich ist. Dagegen ist der Vasall nicht gehindert, an seinem jus in re einen Niessbrauch zu bestellen; denn es gibt auch einen Niessbrauch an Forderungen und Rechten. Freilich wird dieser Unterschied in der Konstruktion des Rechtsverhältnisses nicht immer beachtet. So heisst es im Urteil des V. Civilsenats des R.-G. vom 3. Mai 1890 in Seufferts Archiv N. F. Bd. XVI, S. 168: »Dass der Vasall ein Niessbrauchsrecht an dem Lehngut begründen darf, welches freilich nur ihn selbst und solche Lehnsfolger, die zugleich seine Allodialerben sind, bindet, ist unbezweifelten Rechtens«. Die Bindung des Vasallen ist also eine persönliche, nicht dingliche und die obligatorische Natur dieser Rechte ist der Grund, weshalb sie das Recht des Vasallen nicht überdauern.

[55]) Im Grunde hat auch Schmalz, Lehrbuch des deutschen Privatrechts § 637, diese Ansicht, indem er Uebertragung von Servituten seitens des Vasallen für zulässig erklärt mit dem Zusatze, dass dadurch nur der in des Vasallen Willkür stehende Gebrauch und die Benutzung des Lehns beschränkt werde.

§ 4.

Die Ersitzung der Substanz des Fideicommisses.

Es handelt sich nunmehr darum, die Stellung der Ersitzung der Substanz eines Fideicommissguts zu der Institution des Fideicommisses zu bestimmen, insbesondere zu untersuchen, ob die Ersitzung dem Fideicommissgut gegenüber überhaupt Platz greift. Diese Frage ist beim Schweigen des deutschen Rechts nach dem römischen Recht zu beantworten. Das Fideicommiss gehört nicht zu den res quarum non est commercium, es ist also von diesem Gesichtspunkt aus ein Hindernis für die Ersitzung nicht vorhanden. Das Veräusserungsverbot ist zwar ein gesetzliches, aber doch nur ein privates zu Gunsten der Lehnsinteressenten erlassenes, und es stellt das Lehngut nicht ausserhalb allen Rechtsverkehrs.

Die herrschende Meinung geht dahin[57]), dass Fideicommisse wohl der ordentlichen Ersitzung von 10 bis 20 Jahren, nicht aber der ausserordentlichen von 30 bis 40 Jahren entzogen seien. Man stützt diese Ansicht zunächst auf const. 2. 3 § 3 Cod. com de leg. 6,43. Hier wird in L. 2 cit. von Justinian die Veräusserung der dem Legaten vermachten Sachen verboten: . . . . . »nemo itaque ea, quae per legatum vel pure vel sub certo die relicta sunt vel quae restitui aliis disposita sunt vel substitutione posita secundum veterem dispositionem putet esse in posterum alienanda vel pignoris vel hypothecae titulo adsignanda vel mancipia manumittenda. sed sciat, quod hoc quod alienum est non ei liceat utpote sui patrimonii existens alieno iuri applicare, quia satis absurdum est et inrationabile rem, quam in suis bonis pure non possidet eam ad alios posse transferre vel hypothecae pignorisve nomine obligare vel manumittere et alienam spem decipere.«

Der folgende § 3 bestimmt, dass eine trotzdem vorgenommene Veräusserung als nicht geschehen gilt und die ordentliche Ersitzung dagegen ausgeschlossen sein soll. Es heisst von dieser Veräusserung: . . . . . et sic intellegenda est, quasi nec scripta nec penitus fuerat celebrata, ut nec usucapio nec longi temporis praescriptio contra legatarium vel fideicommissarium procedat. . . sed in his omnibus casibus legatario quidem vel fideicommissario

---

[57]) Höpfner, Theoretisch-praktischer Kommentar über die Heineccische Institutionen § 402 S. 300 f.; v. Salza, Die Lehre von Familien- etc. Fideicommissen § 16 S. 266 f.

omnis licentia pateat rem vindicare et sibi adsignare, nullo obstaculo ei a detentatoribus opponenda«.

Demnach beruht dies Verbot der ordentlichen Ersitzung von Sachen, die den Gegenstand eines Vermächtnisses bilden, auf dem in § 2 cit. ausgesprochenen Veräusserungsverbot. Dies Verbot spricht übrigens solchen Sachen die Ersitzungsfähigkeit nur insoweit ab, als die Ersitzung sich auf Grund des verbotenen Veräusserungstitels vollziehen soll.[58]) Alle anderen Fälle der ordentlichen Ersitzung trifft die Konstitution nicht, also namentlich nicht den Fall, wenn ein an der verbotswidrigen Veräusserung unbeteiligter Dritter die Sache besitzt. Im gemeinen Recht besteht aber noch der allgemeine Rechtssatz, dass die gesetzlichen Veräusserungsverbote z. B. des fundus dotalis (L. 16 D. de fundo dot. 23,5) die ordentliche Ersitzung ausschliessen, soweit dieselbe die verbotene Veräusserung mittelbar oder unmittelbar zu ihrer Grundlage hat[59]). Das Fideicommiss ist nun mit einem gesetzlichen Veräusserungsverbot behaftet, denn die Unveräusserlichkeit gehört zu seinem gesetzlichen Begriff und das Gesetz gibt auch Rechtsmittel zur Wiederaufhebung einer Veräusserung. Nach L. 28 D. de verb. sign. 50,16:

»Alienationis verbum etiam usucapionem continet: vix est enim, ut non videatur alienare, qui patitur usucapi«,

bildet die Usucapion einen Fall der Veräusserung, demzufolge wird die Ersitzung eines Fideicommisses als Veräusserung auch von jenem allgemeinen und weitergreifenden Veräusserungsverbot des gemeinen Rechts betroffen. Die Fideicommisseigenschaft ist ein objektives Hindernis der ordentlichen Ersitzung von 10 bis 20 Jahren, welches sie für diese Ersitzung unfähig macht.

Die Rechtsprechung stimmt hiermit überein[60]).

Die dreissigjährige longissimi temporis praescriptio ist dagegen hinsichtlich des Fideicommissguts zugelassen und die weitaus herrschende Meinung hat sich dafür ausgesprochen[61]). Diese Ansicht ist auch in der Tat zutreffend.

---

[58]) v. Savigny, System des heutigen römischen Rechts, Bd. IV, S. 365 ff. Keller, Pandekten § 132, S. 252. [59]) Keller, a. a. O. § 132, S. 252.

[60]) Urteil d. 5. Civilsenats d. R.-G. vom 7. Mai 1887 in Entsch. in Civils. Bd. XIX, S. 267 f. — Cfr. für preuss. Recht: Erkenntnis d. 3. Civilsenats des ehemaligen preussischen Obertribunals vom 15. Oktober 1869, in dessen Entscheidungen Bd. LXII S. 44 f; Urteil d. 2 Civilsenats desselben Gerichts vom 19. Mai 1859. ebenda Bd. XLI, S. 247 ff.

[61]) Höpfner a. a. O. § 402,300 f.; Knipschild, Tractatus de fideicommissis p. 502 sequ. (letzterer aber leugnet die Wirksamkeit der ausserordentlichen Er-

Denn es ist kein Grund, weshalb das gemeine Recht hier nicht zur Anwendung kommen sollte. Gerade der in den Gesetzen ausgesprochene Ausschluss nur der ordentlichen Ersitzung spricht für die Zulassung der ausserordentlichen. Der ausserordentliche Präscribent bedarf keines Titels, es kann diesen Präscribenten mithin treffen, dass der Titel, auf den hin er besitzt, ungültig ist, weil ihm eine nichtige Veräusserung zu Grunde liegt. Knipschild a. a. O. findet das Hindernis der longissimi temporis praescriptio nicht in dem Veräusserungsverbot, sondern in der Rechtsregel: agere non valenti non currit praescriptio. Allein Knipschild verwechselt offenbar die Acquisitivverjährung oder richtiger Ersitzung mit der Klagenverjährung. Jene Rechtsregel und der Umstand, dass ein Dritter gehindert ist, mit der Eigentumsklage gegen den Ersitzenden vorzugehen, hindert dessen Ersitzung nicht im mindesten; denn die letztere vollzieht sich nach ihren eigenen Voraussetzungen und sie wird zum Stillstand gebracht nur durch die ihr eigentümlichen Hindernisse, z B. eine mala fides superveniens. Deshalb ist Knipschilds Ansicht hinfällig, dass der Ersitzende gegen die Agnaten vor dem Successionsfall derselben nicht usukapiert, weil sie erst n a c h der Succession zur Revokatorienklage berechtigt sind. Die Gegner des Ersitzenden sind übrigens zunächst garnicht die Agnaten, sondern der direkt zur Inhaberschaft des Fideicommissguts als Fideicommissar Berechtigte und dieser ist auch in der Lage, klagen zu können. Er kann und muss seine Vindikation gebrauchen, um durch ihre Anstellung die Ersitzung zu unterbrechen, die ohne diese Massregel sich vollendet, wenn ihre Voraussetzungen gegeben sind. Ist die Ersitzung vollzogen, so hat der Ersitzende gegen die, wenn auch noch nicht verjährte, Revokatorienklage die exceptio dominii.

Die Erfordernisse der ausserordentlichen Ersitzung des Fideicommissguts sind ein fehlerlos ergriffener Besitz, ununterbrochen dauernd, und guter Glaube des Usukapienten. Der gute Glaube des letzteren besteht in der redlichen Meinung, ein ihm zustehendes Recht auszuüben. Das blosse Bestehen des Fideicommisses wirkt auf den guten Glauben nicht ein, er wird aber ausgeschlossen durch die Kenntnis der Fideicommisseigenschaft des in der vermeintlichen Eigenschaft als Usukapient besessenen Gutes. Wer da weiss, dass sich das Grundstück im Fideicommissverbande

sitzung gegenüber den Agnaten); v. Salza: Die Lehre von den Familien-Stamm- und Geschlechtsfideicommissen § 116 S. 237; Urteil des V. Civilsenats d. R.-G. vom 7. Mai 1887 in Entscheidungen in Civilsachen. Bd. 19 S. 267 ff.

befindet, weiss damit zugleich, dass es fremdes Eigentum ist, er befindet sich in mala fide[62]). Dieser Grund steht auch einem Ersitzungsbesitz des derzeitigen Fideicommissinhabers entgegen[63]). Nur wenn der Fideicommissbesitzer die Fideicommisseigenschaft nicht kennt, was bei Teilen und Zubehör eines Guts vorkommen kann, ersitzt er wie jeder Dritte, wenn bona fides hinzutritt.

Demnach lässt sich die Ansicht von Lewis a. a. O. S. 266 fg. § 16 nicht billigen, das Fideicommiss sei auch der ausserordentlichen Ersitzung entzogen.

Was das preussische Recht und seine Bestimmungen über Ersitzung der Substanz des Fideicommisses anbetrifft, so bestimmt ALR. II 4 § 122: »Einzelne Rechte des Fideicommisses oder auf dasselbe können durch 30jährige Praescription erlöschen oder gegen das Fideicommiss erworben werden; § 123 a. a. O.«. »Die Eigenschaft des Fideicommisses selbst aber kann durch keine Verjährung verloren gehen«.

Diese Vorschrift legte ein Urteil des Obertribunals vom 19. Mai 1859[64]) dahin aus, dass die in § 122 cit. zugelassene 30jährige Verjährung gegen ein solches nur insoweit von Wirkung sei, als sie in einer Weise begonnen hat, wodurch sämtliche Fideicommissinteressenten gebunden werden. Diese Sachlage kann aber nach einer weiteren Entscheidung des Obertribunals vom 15. Oktober 1869[65]) bei einer Ersitzung eines Dritten in Anbetracht eines Fideicommissgrundstücks vorliegen. Denn, so wird ausgeführt, die auf die erwerbende Verjährung des allodialen Eigentums abzielenden Handlungen des Ersitzenden verletzen unmittelbar auch die in dem Obereigentum der Familie beruhenden Rechte und die Anwärter sind dadurch veranlasst, die Ersitzung durch geeignete Massregeln wirksam zu unterbrechen[66]).

---

[62]) Urteil des 5. Civilsenats d. R.-G. vom 7. Mai 1887 in Entsch. Bd. XIX, S. 269.

[63]) Nicht richtig formuliert v. Salza a. a. O. S. 237 den Grund, indem er ihn darin finden will, dass der Fideicommissinhaber nicht usukapieren könne, weil er keinen rechtmässigen Titel zum Besitze des unbeschränkten Substanzrechtes habe und nicht eigenmächtig den Grund der Gewahrsam verwechseln und sich dadurch einen Titel anmassen dürfe.

[64]) Entsch. des ehemaligen preuss. Obertribunals, Bd. 41 S. 257.

[65]) Entsch. d. K. Obertribunals Bd. 62, S. 44, S. 47 f.

[66]) Wie das Urteil d. 5. Civilsenats d. R.-G. vom 16. Mai 1888 in Entscheidungen Bd. XXI. S. 305 f. mit Berufung auf das Urteil des 5. Civilsenats d. R.-G. vom 7. Mai 1887, ebenda Bd. 19 S. 266 ff., entschied, sind die Agnaten »keine Personen, welche von ihren Rechten nicht haben unterrichtet sein können«, oder welche ihre Rechte zu gebrauchen und zu verfolgen behindert sind und welche deshalb durch §§ 512, 516 ALR. I, 9 gegen die Verjährung geschützt sind.

§ 5.
Die Ersitzung der Substanz an Lehngütern.

Wenden wir uns nunmehr zur Stellung des Instituts der Ersitzung am Lehn, so ist die Frage bestritten, ob der Erwerb von Lehnsgrundstücken, also der Lehnssubstanz seitens eines Dritten durch Ersitzung rechtlich möglich sei und das Revokationsrecht seitens des Lehnsherrn und der Vasallen ausschliessen, wenn die Verjährungsfrist für die Revokationsklage noch läuft. Diese Kontroverse wird in II. feud. 55 nicht berührt. Denn Kaiser Friedrich I. verbietet hier nur jede Lehnsveräusserung (ut nulli liceat feudum totum vel partem aliquam vendere, vel pignorare, vel quocunque modo distrahere seu alienare vel pro anima judicare, sine permissione illius domini apud quem feudum spectare dignoscitur) bei Strafe der Nichtigkeit und erklärt auch für die Vergangenheit alle Lehnsveräusserungen für ungültig: »cassamus et in irritum deducimus, nullius temporis praescriptione impediente: quia, quod ab initio de jure non valuit, tractu temporis convalescere non debet, emtore bonae ex emto actione de pretio contra venditorem competente.« Der Kaiser will hier dem Missbrauch des Abhandenbringens der Lehngüter durch willkürliche Veräusserungen und der dadurch bedingten Zerrüttung des Lehnsverhältnisses und der auf ihm beruhenden Wehrverfassung entgegentreten. Wer auf Grund eines solchen nichtigen Titels ein Lehngut erwirbt, soll damit keinen Usukapionstitel gewinnen. In II. feud. 40 erklärt Kaiser Konrad: ut liceat dominis omnes alienationes feudi factas nulla obstante praescriptione revocare. Auch hier wird dem Lehnsherrn ein Revokationsrecht bei rechtsungültigen Veräusserungen gewährt. Damit ist jedoch nur ein Spezialfall entschieden, in welchem die Ersitzung nicht Platz greift. Die noch offen gelassene Frage, ob überhaupt und in sonstigen Fällen die Ersitzung eines Dritten am Lehngut rechtlich möglich sei, wird nicht in den Libri Feudorum entschieden, sie ist dem gemeinen Recht zu entnehmen. Kann insbesondere der Lehnsherr ein Gut, welches Lehnqualität besitzt, mit der Vindikation einem dritten Erwerber nach vollendeter Ersitzung abnehmen, wenn es letzterer von einem gutgläubigen Rechtsvorgänger an sich gebracht hat, welcher dasselbe in der Meinung eines freien Eigentümers besass? Die Ansichten hierüber sind geteilt. Vezin[66]), der dieser Frage

[66]) Vezin, Kleine jur. Schriften, Heft 1, Abhandlung 1. Ebenso Pätz, Lehrbuch des Lehnrechts, § 137, S. 326.

eine besondere Abhandlung gewidmet, behauptet, dass dem Lehnsherrn, der ein ohne seine Bewilligung als freies Eigentum veräussertes Lehn vom dritten Besitzer herausverlangt, keinerlei Art von Verjährung oder Ersitzung entgegensteht. Schmidt[67]) schliesst sich auf Grund der oben mitgeteilten beiden Lehntexte dieser Ansicht an mit der Massgabe, dass die Acquisitiv-Verjährung statthaft sei, wenn der Lehnsherr Kunde von der Veräusserung hatte. G. L. Boehmer[68]) gibt dem Senior das Privationsrecht gegen den Vasallen, der wissentlich ganz oder teilweise das Lehn veräusserte, und bemerkt alsdann: »Competit hoc nomine domino jus revocandi seu vindicandi feudum alienatum a quolibet eius possessore, nullius temporis obstante praescriptione.« Doch fügt Boehmer in einer Note c. hinzu: »Admittenda tamen omnino est praecriptio immemorialis, vim concessionis habens.«

Die unvordenkliche Verjährung soll demnach dieselbe Kraft für den dritten Besitzer eines mit Lehnseigenschaft behafteten Grundstücks haben, wie wenn ihm vom Senior das Grundstück zu Lehen verliehen wäre. Diese Ansicht von Boehmer hat Beifall gefunden.[69])

Schmalz[70]) nimmt an, die Vindikation des Lehnsherrn verjähre, wie jede andere, in 30 Jahren; die Bestimmung des langobardischen Lehnrechts beziehe sich nur auf die Veräusserung von Kronlehen. Dolliner[71]) lehrt, wenn der Vasall das Gut verbotswidrig veräussere, so trete nach den Lehnrechtstexten gar keine Acquisitivverjährung ein, sondern die unvordenkliche Verjährung greife Platz. Wenn ein unbeteiligter Dritter das Lehn als freies Eigentum ersitzen wolle, so seien die gewöhnlichen Fristen des Civilrechts von 10—20 Jahren genügend, weil dies eine gewöhnliche Eigentumsersitzung sei, die den allgemeinen Regeln folge. Kori[72]) glaubt, wenn ein unbeteiligter Dritter ein Grundstück mit Lehneigenschaft nicht durch eine Veräusserung

[67]) Schmidt, de praescriptione feudali acquisitiva in den Opusc de praesertim circa pignus sec. omne jus quo in Germania utimur considerata § 9, § 12.

[68]) Boehmer, Principia juris feudalis § 272 p. 302.

[69]) Ihr traten bei: Weber, Handbuch etc. Th. IV § 272, S. 438 ff.; Mayr, Handbuch § 157; Philipps, Grundsätze Bd. II, § 244; Eichhorn, Einleitung in das deutsche Privatrecht § 238, S. 601.

[70]) Schmalz, Lehrbuch des deutschen Privatrechts § 362.

[71]) Dolliner, Erläuterung des allgemeinen deutschen Lehnrechts § 369.

[72]) Kori, Die Theorie der Verjährung nach gemeinem und sächsischem Rechte § 117, S. 215.

von Vasallen erworben habe, so sei dieser Fall ganz nach den Grundsätzen der Civilverjährung des Eigentums zu beurteilen und es gelte also zu Gunsten des dritten titulierten Besitzers die ordentliche Ersitzung von 10—20 Jahren. Habe aber der Vasall das Lehnsgut verbotswidrig, also ohne Einwilligung der Lehnsinteressenten veräussert, »so könne der Erwerber sich auf keinerlei Praescription, auch nicht auf die unvordenkliche berufen, weil sein Titel gesetzwidrig sei.«

Hagemann[73]) schliesst sich dem ersten Teil der Ansicht Koris an, auch er hält die Ersitzungszeit von 10—20 Jahren für den Eigentumserwerb des Dritten genügend, wenn dieser nicht das Lehn vom Vasallen mittelst verbotswidriger Veräusserung empfing.

Hagemanns Ansicht wird von Pfeiffer[74]) angenommen, welcher auch bemerkt, dass die deutsche Gerichtspraxis diesen Standpunkt teile.[75])

Die richtige Ansicht wird unterscheiden:

1. Der Erwerber eines Grundstücks von Lehneigenschaft hat dasselbe aus der Hand eines Vasallen erworben, also durch eine verbotene Veräusserung. Hier gilt die Entscheidung der beiden Lehnrechtstexte II. feud. 55 und 40, dass jede Verjährung und Ersitzung, also die 10, 20, 30 und 40 jährige Ersitzung für diesen ersten Erwerber des Lehns ausgeschlossen ist, wenn er in bösem Glauben ist. Die Lehnrechtstexte setzen offenbar böswillige Veräusserungen seitens des Vasallen voraus, der sich namentlich seinem Lehndienst entziehen will, und es wird unterstellt, dass der dem Vasallen hierzu durch Ankauf etc. des Lehns Beihülfe leistende Dritte mit dem Vasallen kolludiert. Demgemäss beziehen sich die Lehnrechtstexte gar nicht auf den anderen Fall, in welchem

2. ein völlig unbeteiligter Dritter bona fide und justo titulo das Lehn nicht vom Vasallen, sondern von anderer Seite her erworben hat, oder es durch einen originären Eigentumserwerbstitel an sich brachte. In diesem Fall ist anzunehmen, dass, wenn der Präscribent einen Titel hatte, die Ersitzung von 10—20 Jahren —, falls er keinen Titel hatte, die longissimi temporis praescriptio von 30—40 Jahren für den Eigentumserwerb des Praescribenten

---

[73]) Hagemann in seinen und v. Bülows praktischen Erörterungen aus allen Teilen der Rechtsgelehrsamkeit, Bd. VII, S. 380.

[74]) Pfeiffer in Weiskes Recktslexikon, Bd. 6, S. 616 ff.

[75]) Dieselbe Stellungnahme der Praxis bezeugt Beseler, System des gemeinen deutschen Privatrechts, Abt. I, § 160, S. 656, Note 15.

genügt. Diese Ansicht hat insbesondere Beseler[76]), der die Ersitzungsverjährung eines Dritten zu den Gründen der Beendigung des Lehnverhältnisses rechnet, »soweit sie (nämlich die Ersitzungsverjährung) bei den Grundsätzen, die das langobardische Lehnrecht über die Unverjährbarkeit der Eigentumsklage des Herrn wegen verbotener Veräusserung aufstellt, überhaupt vorkommen könne«. Es ist auch kein Grund ersichtlich, weshalb die Ersitzung eines Lehns durch einen unbeteiligten Dritten ausserhalb des gemeinen Rechts über die Ersitzung stehen soll[77]). Das oben beim Fideicommiss erwähnte römische Veräusserungsverbot (const. 3 §§ 2, 3 1. comm. de legat. 6,43) und die daran geknüpfte Wirkung, dass die ordentliche Ersitzung bei den unter Veräusserungsverbot gestellten Sachen ausgeschlossen ist und nur die ausserordentliche Platz greift, finden auf den unbeteiligten dritten Erwerber eines Lehns keine Anwendung; denn jene Wirkung bezieht sich nur auf den Fall, dass jemand auf Grund des Veräusserungsverbots, also eines verbotenen Titels, ersitzen möchte. Für die hier vertretene Ansicht spricht aber noch: II. feud. 87:

> »Si quis feudum alienum bona fide ab aliquo justa traditione acceperit, licet dominus non sit, cum verus dominus in traditione putetur, longi temporis praescriptione jus sibi acquirit«.

Diese Stelle ist allerdings nicht glossiert und es geht ihr deshalb die unmittelbare Gesetzeskraft ab. Gleichwohl ist sie ein vortreffliches Hilfsmittel, um die hier aufgeworfene Frage nach der Ersitzungsfähigkeit des Lehns ausserhalb feud. II. 40 und 53 zu beantworten; denn die genannten Lehnrechtstexte sind aus vorstehendem II. feud. 87 ergänzend zu interpretieren. In dem letzten Gesetze wird nun die Ersitzung, d. h. die ordentliche, zugelassen, wenn das Lehn an einen unbeteiligten Dritten nicht vom Vasallen aus gelangt ist. Es kommt hinzu, dass die Ersitzung eines Fremden nicht auf der Gültigkeit der Disposition eines früheren Besitzers beruht, sondern auf dem in gutem Glauben eine gewisse

---

[76]) Beseler, System des gem. deutschen Privatrechts cit. Abt. 1 § 167 S. 686, I § 160 S. 656 Note 15. Ebenso v. Gerber, System des deutschen Privatrechts, § 134 S. 335 f. Unterholzner, Ausführliche Entwicklung der gesamten Verjährungslehre Bd. II § 246 S. 259 f. No. 1.

[77]) »Da das Lehnrecht besondere Vorschriften über die Ersitzung nicht enthält, so sind bezüglich der Voraussetzungen derselben die Grundsätze des allgemeinen Rechts massgebend.« — Urteil des III. Civilsenats d. R.-G. vom 1. Februar 1887 i. Entsch. Bd. 17 S. 139.

Zeit hindurch fortgesetzten eigenen Besitz, also auf einer originären Handlung des Usukapienten (Apprehension des Besitzes) und dem dadurch geschaffenen Zustand des Besitzes. Wenn das Landesgesetz gegen den im Grundbuch eingetragenen Eigentümer oder Lehngutbesitzer oder Agnaten einen Eigentumserwerb durch Ersitzung nicht zulässt, so ist der Grund hierfür nicht die Unfähigkeit eines Lehngrundstücks, seitens eines Dritten ersessen zu werden, sondern ein positiv-rechtliches Ersitzungsverbot, dessen Dasein und Notwendigkeit gerade beweist, dass ohne solches positives Verbot das Lehngut von einem Fremden allerdings ersessen werden kann. Dabei macht es hinsichtlich der Notwendigkeit keinen Unterschied, gegen wen die Ersitzung des Fremden sich richtet, ob gegen den Lehnsherrn, einen Prätendenten des vasallitischen Rechts oder die Agnaten. Aber die Agnaten und der Vasall sind doch in manchen Punkten ungünstiger gestellt, als der Lehnsherr. Denn diesen Lehnsinteressenten steht das Veräusserungsverbot in II. feud. 40. 55 nicht zur Seite[78]), weil es nur zu Gunsten des Lehnsherrn erlassen ist, also auch nur zu dessen Gunsten die Wirkung des Ausschlusses jeder Ersitzung in dem in jenen Lehnrechtstexten vorausgesetzten Sachverhältnis eintritt, dass nämlich der Erwerber des Lehns auf Grund einer verbotenen Veräusserung ersitzen will. Wenn aber ein unbeteiligter Fremder bona fide im Usukapionsbesitze des Lehnsguts sich befindet, so kommt ihm, wenn er einen Titel hat, die ordentliche, ohne Titel die ausserordentliche Usukapion zu statten. Dabei stehen jedoch die Agnaten ungünstiger als bei gleicher Sachlage der Lehnsherr. Denn ihre Revokationsklage ist erst dann actio nata, wenn dem betreffenden Agnaten, welcher klagen möchte, das Lehn anfällt. Die ordentliche Ersitzung des Dritten kann aber schon vollendet sein, bevor dieser Successionsfall und damit die Nativität der Klage eintritt. Die Revokationsklage des Agnaten ist dann zwar noch nicht verjährt[79]), aber sie wird durch die exceptio dominii des sich auf Eigentumserwerb durch vollendete Ersitzung berufenden Usukapienten entkräftet[80]).

Man wird aber noch einen Schritt weiter gehen können und

---

[78]) Urteil d. 3. Civilsenats d. R.-G. vom 1. Februar 1887 in Entsch. Bd. 17 S. 134 ff., besonders S. 138.

[79]) Gegen jeden dritten anderen Detentor, der noch nicht ersessen hat, würde der Agnat die Revokationsklage mit Erfolg anstellen können, wenn etwa der ursprüngliche Usukapient den Besitz des Grundstücks an einen Andern verlöre.

[80]) Thibaut, Ueber Besitz und Verjährung, § 45.

die ordentliche Ersitzung mit dem deutschen Reichsgericht (Urteil d. 3. Civilsenats d. R.-G. in Entsch. Bd. 17, S, 134 ff.) dem Erwerber eines Grundstücks von Lehnqualität auch da gestatten müssen, wenn der Veräusserer zwar verbotswidrig das Lehngut übertrug, z. B. dem Erwerber verkaufte, wenn aber der Erwerber sich in bona fide befand, also namentlich die Lehnsqualität und die daraus hervorgehende Veräusserungbeschränkung nicht kannte, vielmehr überzeugt war, der Verkäufer sei verfügungsfreier Eigentümer. Es muss auch hier die selbständige Kraft der vollendeten, Eigentum erzeugenden Ersitzung wirksam werden, die ihre Rechtsmacht nicht aus der Person des Veräusserers bemisst und bei Beurteilung des Titels des Ersitzenden und dessen Tauglichkeit nicht auf die Verfügungsbefugnis oder mala fides des Veräusserers Rücksicht nimmt.

Die Rechtsprechung hat mehrfach die ordentliche und ausserordentliche Ersitzung eines Lehngrundstücks (letztere bei mangelndem Titel) zu Gunsten des an einer verbotenen Lehnsveräusserung unbeteiligten Usukapienten zugelassen[81]).

Die abweichenden Ansichten anderer Rechtslehrer über die Ersitzung von Lehngütern durch unbeteiligte Dritte finden in den Gesetzen keine Stütze. Namentlich ist es ganz haltlos, nur einen

---

[81]) Für das gemeine Recht s. die Ausführung im Urteil des früheren preuss. Obertribunals vom 23. Januar 1865 in dessen Entsch. Bd. LIII S. 107 ff. Das deutsche R.-G. lässt die ordentliche und ausserordentliche Ersitzung eines Lehnguts zu, wenn deren Voraussetzungen vorliegen, s. Urteil d. 3. Civils. d. R.-G. vom 1. Februar 1887 in Entsch. Bd. XVII, S. 139, woselbst sich folgende Ausführungen über die ordentliche Usukapion findet. — »Es lässt sich nicht allgemein der Satz aufstellen, dass der auf Grund eines Vertrages mit dem besitzenden Vasallen über ein Lehnsgrundstück erworbene Titel ein vitiöser, zur Begründung der Ersitzung nicht geeigneter sei. Da das Lehnrecht besondere Vorschriften über die Ersitzung nicht enthält, so sind bezüglich der Voraussetzungen derselben die Grundsätze des allgemeinen Rechts massgebend. Nach diesen ist vor allem der gute Glaube des Besitzers erforderlich, d. h. die redliche Ueberzeugung, dass man in der Aneignung der Sache kein materielles Unrecht begehe, der Glaube an das Eigentum oder das Nichtwissen von dem Nichteigentum des Rechtsvorgängers. Dieser Glaube darf kein leichtfertig gefasster sein, die Erwerbstatsache muss der Regel nach mit allen Erfordernissen der Gültigkeit vorhanden sein, die Ersitzung bedarf eines Titels. Die Gültigkeit dieses Titels wird aber, wenn ein an sich gültiger Titel, ein Kaufvertrag etc., vorliegt, nur dann ausgeschlossen, wenn der Erwerber wusste, dass der Veräusserer Nichteigentümer war, oder wenn er wusste, dass der Veräussernde nur Lehnsbesitzer war und daher eine Veräusserung des Objekts nicht vornehmen, Eigentum oder Erbpachtrechte an dem veräusserten Lehnsobjekte nicht übertragen konnte«. Im weiteren wurde dann auch die ausserordentliche Ersitzung vom R.-G. für zulässig erklärt.

Erwerb durch unvordenkliche Verjährung zuzulassen, was im Grunde keine Ersitzung wäre; denn die unvordenkliche Verjährung zählt zu derselben nicht. Ebenso ohne Prinzip ist es m. E., nur die 30- und 40jährige Ersitzung auch da ausschliesslich zulassen zu wollen, wo der Praescribent, der das Gut nicht auf Grund einer verbotenen Veräusserung besitzt, einen Titel hat, wo also die ordentliche Ersitzung an ihrer Stelle ist.

Das Preuss ALR. enthält direkt auf die Verjährung und Ersitzung bezügliche Vorschriften in dem Abschnitte »Vom Lehne« I, 18 nur in den §§ 657—669, woselbst unter dem Hauptmarginale »Aufhebung des Lehns« die Fälle des Verlustes der Lehnsherrlichkeit zu Gunsten des Vasallen durch Verjährung (§§ 657—664) und der Ersitzung der mit Lehnsqualität behafteten Sache durch einen Fremden geregelt sind (§ 665—668), während der Verlust des vasallitischen Rechtes zu Gunsten des Lehnsherrn durch Verjährung in dem § 669 behandelt wird. Die rechtliche Stellung des Besitzers und der Anwärter eines Lehns gegenüber dem Fideicommisse ist nach preussischem Recht hinsichtlich der Ersitzung der Substanz wesentlich dieselbe, wie beim Familienfideicommisse des preussischen Rechts,[83]) nach dem die Stellung des Lehnsherrn wesentlich nur noch eine rechtshistorische ist. Die ordentliche und die ausserordentliche Ersitzung ist nach preussischem Recht auch an der Lehnssubstanz zulässig.

§ 6.

Die Ersitzung von Prädialservituten an Lehnen.

Betreffs der Frage, inwieweit Prädialservituten an Lehnen ersessen werden können, müssen drei Fälle unterschieden werden:

1. Der Vasall will eine Prädialservitut am Lehn rechtsgeschäftlich bestellen.

2. Ein Nichteigentümer des Lehngrundstücks will eine Prädialservitut an demselben durch Rechtsgeschäft errichten und der Erwerber der Servitut hielt das Lehngrundstück für das Eigentum des Bestellers.

3 Der Eigentümer eines Nachbargrundstücks erwirbt ohne Bestellung seitens des Vasallen oder eines Dritten eine Servitut am Lehnsgrundstück.

Es fragt sich zunächst, ob die Erwerbung einer Prädialservitut an einem Lehngrundstücke rechtlich möglich ist. Dabei

---

[83]) Urteil d. 5. Civilsenats d. R.-G. vom 16. Mai 1888 in Entsch. Bd. 21 S. 306 f.

ist zuerst zu untersuchen, ob der Erwerb einer Servitut durch einen Dritten wie eine Veräusserung wirkt und alsdann unter das vasallitische Veräusserungsverbot fällt. Fabianus de Monte in seinem Tractatus[84]) de emtione venditione rechnet die Bestellung einer Servitut, sie sei persönlich oder prädial, zu einer alienatio impropria. Hiergegen gibt Brissonius selbst a. a. O. p. 73 s. v. alienare den Ausspruch ab:

»Alienare videtur qui patitur usucapi,[85]) mit Berufung auf die L. 21 D. de verb. sign. 50, 16: »Alienationis verbum etiam usucapionem continet, vix est enim, ut non videatur alienare, qui patitur usucapi«.

Danach wäre eine Veräusserung, wenn ein Vasall es stillschweigend geschehen lässt, dass ein Dritter eine Servitut am Lehngrundstück ersitzt und damit würde von Gesichtspunkt des Veräusserungsverbots die Revokation der Servitut mit der actio negatoria seitens des Vasallen bezw. der Agnaten zu behaupten sein. Allein die Auffassung, dass das stillschweigende Geschehenlassen einer Servitut eine Veräusserung von Lehnssubstanz sei, ist aus denselben Gründen hinfällig, aus denen wir oben die rechtsgeschäftliche Errichtung einer Servitut seitens des Fideicommissfolgers als nicht unter den Begriff der Veräusserung fallend dargelegt haben[86]). Von dieser Seite aus steht demzufolge dem Erwerb einer Servitut durch einen Dritten am Lehen kein Hindernis im Wege.

Wir haben ferner schon nachgewiesen, dass der Vasall durch ein mit einem Dritten abgeschlossenes Rechtsgeschäft diesem keine Servitut bestellen kann, weil der Vasall über die Substanz des Eigentums des Lehnsherrn am Grundstück nicht verfügen kann. Er hat nur ein Gebrauchs- und Nutzungsrecht, ähnlich wie ein Usufructuar, und die dauernde Belastung des Lehngrundstücks mit Servituten gehört nicht zum Gebrauch und zur Nutzung. Was der Vasall unter dem vermeintlichen Titel einer Prädialservitut dem Erwerber rechtsgeschäftlich abtritt, wäre, wie oben gezeigt, nur ein persönliches Recht, vermöge dessen der Dritte für die Dauer des vasallitischen Rechts an dem Gebrauch und der Nutzung

[84]) Bei Barnabae Brissonii de verborum quae ad jus pertinent significatione libri XIX s. v. alientio p. 72 (Editio postuma Parisiis 1596).

[85]) Ebenso sagt Brissonius a. a. O. p. 73: »alienare quoque dicitur, qui non utendo amisit servitutes «

[86]) Gegen die Auffassung der Servitutbestellung als Veräusserung siehe auch Weber a. a. O. Teil 4 § 263 S. 390.

teilnahme, die das vasallitische Recht dem Vasallen gewährt. Ein solches, das Lehngrundstück selbst nicht dinglich belastendes Rechtsverhältnis, kann nicht Gegenstand einer Servitutenersitzung sein; denn der Erfolg ist gar nicht rechtlich möglich, dass der Dritte auf Grund der Einräumung eines persönlichen Rechts hinterher durch Zeitablauf eine dingliche Servitut erwirbt[87]). Eine Prädialservitut, wenn sie auf Grund eines Titels ersessen werden soll, muss als Servitut bestellt sein. Es scheidet also der Fall aus unserer Betrachtung aus, dass der Vasall durch Rechtsgeschäft dem Erwerber eine Servitut einräumt. Anders ist, wegen des hineinspielenden Einflusses der bona fides, die Ersitzungsmöglichkeit zu behandeln,[88]) wenn der Vasall dem Dritten eine Prädialservitut am Lehngrundstück bestellen will, der Dritte aber das Nichteigentum des Vasallen nicht kennt, vielmehr diesen für den freien Eigentümer des mit der Dienstbarkeit zu belastenden Grundstücks hält.

Die Möglichkeit einer Servitutenersitzung Dritter am Lehngrundstück wird jetzt allgemein in der Theorie[89]) anerkannt, über die Einzelheiten gehen die Ansichten jedoch auseinander. Es wäre auch nicht zu verstehen, wie die Servitutenersitzung gehindert sein sollte, wenn, wie wir darlegten, die Ersitzung der Substanz des ganzen Lehns oder einzelner Lehngrundstücke seitens Dritter rechtlich möglich ist.

Es sind noch zwei Bemerkungen voranzuschicken für die Fälle, wo eine Prädialservitut am Lehngrundstück wirklich ersessen werden kann.

---

[87]) Dies wird in II. feud. 8 pr. ausdrücklich ausgeschlossen mit den Worten . . . »domino autem etsi per longa tempora perseveraverit, servitus minime noceat.«

[88]) Zutreffend unterscheidet diesen Fall auch Ulrich in der Dissertation de servitute reali sive studio sive injuria vasalli feudo contracta (Vitebergae 1784), wie schon der Titel dieser Schrift zeigt. Ebenso unterscheiden II. feud. 8 pr. die Auflegung einer Servitut auf das Lehngrundstück seitens des Vasallen pretio, d. h. durch einen Kauf oder sonst ein entgeltliches Rechtsgeschäft, ferner dolo d. h. wenn der Vasall und der Servituterwerber kolludieren bezw. auch nur der erstere in dolo ist; endlich injuria, d. h. ohne Rechtsgeschäft durch stillschweigendes, meist eine Nachlässigkeit des Vasallen enthaltendes Geschehenlassen des Erwerbs der Servituts durch den Dritten.

[89]) Pfeiffer bei Weiske Bd VI S. 594; Boehmer, l. c. § 263 p. 196; Weber a. a. O. Th. IV. § 263 S. 390 ff.; Eichhorn a. a. O. § 227 S. 580; Pätz a. a. O. § 126 S. 320; überhaupt müssen die Schriftsteller, welche die Belastung des Lehngrundstücks mit Prädialservituten zugeben, auch die Möglichkeit der Servitutenersitzung auf Grund des belastenden Titels einräumen.

a) Die aus dem römischen Recht[90]) zu entnehmenden Voraussetzungen der Servitutenersitzung sind dieselben, sowohl dem Vasallen, als auch dem Lehnsherrn und den Agnaten gegenüber.

b) Die erworbene Prädialservitut wirkt mit gleicher Kraft gegen alle eben genannten Lehnsinteressenten; das Servitutrecht verhält sich nicht verschieden, je nachdem der eine oder der andere Lehnsinteressent gegen dasselbe negatorisch klagen wollte, mit andern Worten: der vollendeten Servitutersitzung gegenüber steht kein Lehnsinteressent besser da, als der andere. Es folgt dies aus der absoluten Natur des Servitutrechts, welches das Grundstück objektiv belastet, ohne Rücksicht darauf zu nehmen, wer sonst an dem Grundstück ein Recht hat. Dem Servitutberechtigten steht eben nur das Grundstück als Sache, als Objekt eines fremden belasteten Eigentums gegenüber und die Qualität einer Servitut bemisst sich danach, wie und inwieweit die Eigentumsbeschränkung ist.

Die Voraussetzungen der gemeinrechtlichen Servitutenersitzung sind ähnliche wie bei der Eigentumsersitzung.[91])

1. Fehlerfreier Besitz,
2. Tatsächliche Ausübung des Rechts mit der Absicht der Rechtsübung, animus juris,
3. bona fides,
4. Vorhandensein der vorstehenden Erfordernisse während der ganzen Verjährungszeit,
5. res habilis und
6. Zeitablauf.

Der Begriff des fehlerfreien Besitzes, der juris possessio, also Quasibesitz, ist derselbe wie beim Interdiktenbesitz.[92]) Es kommt namentlich auf die Abwesenheit der drei Besitzfehler vi, clam, precario ab adversario[93]) an. Die tatsächliche Ausübung animo

---

[90]) In Deutschland hat sich die ganze Lehre von den Servituten erst nach Einführung des römischen Rechts entwickelt, man kannte keinen Erwerb, sondern nur ein Erlöschen von Rechten durch Verjährung von Jahr und Tag.

[91]) Vergl. Gerber, System §§ 101 und 144; Eichhorn, Einleitung § 176; Urteil des II. Hülfssen. des R.-G. vom 28. Oktober 1880 in Seufferts Archiv N. F. Bd. VI S. 386 fg. Ueber die Notwendigkeif, die römischen Ersitzungsgrundsätze auf die Lehnsusukapion anzuwenden, s. Kori, die Theorie der Verjährung S. 214 § 117.

[92]) Urteil des 3. Civilsenats des R.-G. vom 17. Januar 1890 in Entscheidungen Bd. 25 S. 145 ff.

[93]) Erkenntnis des II. Senats des ehemaligen Oberappellationsgerichts Berlin vom 17. November 1871.

juris anlangend, wird im römischen Recht[94]) nicht mehr verlangt, als dass der Ersitzende in dem Glauben, von einem Recht Gebrauch zu machen, dasselbe ausgeübt habe. Dass diese Rechtsausübung gerade mit der Absicht und dem Bewusstsein von der juristischen Qualifizierung des Rechts erfolgt sein müsse, wird in den Rechtsquellen nicht verlangt. Auch ist jenes Requisit nicht nach den Grundsätzen über die Ersitzung aufzustellen. Nur soweit die Usukapion sich auf einen besonderen Titel des Rechts stützt, bringt der Titel von selbst und rein faktisch die Ueberzeugung von der Ersitzung eines bestimmten Rechts mit sich. Bei der Servitutenersitzung, sie sei die ordentliche oder ausserordentliche, wird aber überhaupt kein Titel verlangt,[95]) obwohl er vorhanden sein kann. Es würde also der Meinung des Ersitzenden, gerade dieses oder jenes Recht auszuüben, an jeder Grundlage fehlen, wenn er nicht auf einen Titel seine Ersitzung gründen kann. Deshalb kann das Erfordernis nicht aufgestellt werden, der Usukapient müsse sich auch der Rechtsnatur des in Ersitzung befindlichen Rechts bewusst sein. Auf dem Gebiet der deutschrechtlichen Dienstbarkeiten würde solche Forderung häufig die Annahme einer Ersitzung unmöglich machen, denn die Wissenschaft ist sich nicht selten selbst noch unklar über die Natur einer deutschrechtlichen Gerechtsame.

Selbst wenn der Ersitzende glaubt, er habe ein umfangreicheres Recht, als er wirklich besitzt und dartun kann, indem er z. B. glaubt, kraft Eigentumsrechts die servitutische Ausübung vorzunehmen, schadet dies m. E. seiner Ersitzung nicht. Es muss dies im Hinblick auf L. 25 D. quemadm. serv. 8, 6, auf L. 7 de itin. 43, 19 und L. 1 § 19 de aqua cotid. 43, 20 umsomehr für richtig erachtet werden, als das Eigentum alle diejenigen Gebrauchs- und Nutzungsrechte enthält, wie sie den materiellen Inhalt von Servituten bilden. Es schliesst sich daher der Qualität nach der Eigentumsbesitz und der Servitutenbesitz nicht gegenseitig aus.[96])

---

[94]) cfr. L. 25 D. quemadm. serv. 8, 6; L. 7 D. de itin. 43, 19.

[95]) Vergl. Arndts Lehrbuch der Pandekten § 189 S. 294 f. und S. 295 Note 2; Urteil d. 3. Civilsenats d. R.-G. vom 17. März 1881. D. in Seufferts Archiv N. F. Bd. 7 S. 19 f.

[96]) Denn die Absicht der Rechtsausübung ist auch vorhanden, wenn sie auf dem Glauben beruht, kraft Eigentumsrechtes zu handeln; cfr. Windscheid, Lehrbuch d. Pandektenrechts, Bd. I § 163 N. 6, 5. Aufl. — Urteil d. 3. Civilsenats des Reichsgerichts vom 17. März 1881 in Seufferts Archiv N. F. Bd. VII S. 19 f. und die dort (S. 20) verzeichneten oberstrichterlichen Erkenntnisse; Urteil des Oberlandesgerichts Darmstadt vom 22. Mai 1880, ebenda N. F. Bd. 7 S. 148 f.; Urteil d.

Das Erfordernis der bona fides[97]) besteht für jede Art der Ersitzung nach c. 20 X de praesc. 2,26, auch für die ausserordentliche[98]). Die Auffassung und die Voraussetzungen der bona fides sind grundsätzlich dieselben, wie bei der Eigentumsersitzung, insoweit nicht die Natur der Servitut und der Gegenstand ihres Rechts eine Modifikation eintreten lässt. Der gute Glaube erfordert es, dass einmal der Ersitzende keine Kenntnis von Umständen hat, die seinen Erwerb des Servitutrechts als einen materiell unredlichen erscheinen lassen, und sodann, dass der Ersitzende die positive Ueberzeugung eines Rechts, wenn auch nicht gerade Servitutenrechts, hat. Der gute Glaube kann in irriger Voraussetzung des Berechtigtseins und der Verfügungsbefugnis des Vasallen als Servitutbestellers beruhen, indem ihn der Präscribent für einen freien Eigentümer hielt, als er die Dienstbarkeit bestellte. Der gute Glaube kann auch in Unkenntnis anderer Mängel des Erwerbsaktes bestehen,[99]) wenn es sich um die rechtsgeschäftliche Errichtung einer Servitut handelt.

Auch das Erfordernis der res habilis ist bei der Servitutenersitzung an Lehnen (und Fideicommissen) erfüllt. Das Lehn ist keine res extra commercium,[100]) und die Errichtung oder der sonstige Erwerb einer Servitut ist keine Veräusserung, weshalb das Veräusserungsverbot von const. 3 § 3 com. de legat 6,43 auf eine Servitutenersitzung so wenig anwendbar ist, als auf die rechtsgeschäftliche Errichtung einer Servitut.

Da die Servitutenersitzung keinen Titel erfordert, so steht in diesem Punkte die ausserordentliche und ordentliche Ersitzung

---

Obersten Landesgerichts für Bayern vom 7. April 1881, ebenda N. F. Bd. 6 S. 397 f.; Urteil des Oberappellationsgerichts zu Berlin vom 4. September 1871 bei Fenner u. Mecke, Civilrechtliche Entscheidungen der obersten Gerichtshöfe Preussens, Jahrgang 3 S. 161; Kori, Theorie der Verjährung § 117, S. 214

[97]) Arndts a. a. O. § 189 S. 294; Urteil d. obersten Landesgerichts für Bayern vom 22. April 1892 in Seufferts Archiv N. F. Bd. XVIII, S. 11; Urteil des R. G. V. Civils. v. 16. Mai 1888 in Entsch. Bd. 21, S. 306, v. 7. Mai 1887 ebenda Bd. 19, S. 269 f.

[98]) Diese Vorschrift des kanonischen Rechts wird übersehen von Elvers, Die röm. Servitutenlehre, der im § 68 S. 740 f. S. 748 die bona fides als Erfordernis der Servitutenersitzung ganz streichen will. S. dagegen Unterholzner a. a. O. § 204, S. 155—156.

[99]) z. B. Der Erwerber glaubt irrig, der Lehnsherr und die Agnaten hätten die vom Vasallen ihm zugestandene Servitut bewilligt.

[100]) Ausgesprochen für Fideicommisse im Urteil des 5. Civilsenats des R.-G. vom 7. Mai 1887, Entsch. Bd. 19, S. 270, aber auch anwendbar auf Lehen.

gleich.[101]) Trotzdem ist der Unterschied beider Ersitzungsarten für die Servitutenersitzung nicht weggefallen. Die ausserordentliche 30jährige Ersitzung greift nämlich Platz und die ordentliche 10jährige genügt nicht, wenn (ausser der für beide Ersitzungsarten gleichmässig geforderten bona fides) irgend ein Erfordernis bei derselben nicht erfüllt ist,[102]) z. B. der Besitz war nicht fehlerfrei oder die dienende Sache war der Ersitzung entzogen (was bei Lehen und Fideicommiss nicht zutrifft). Hier ist die 30jährige Ersitzung nötig, damit sich der Präscribent gegenüber der die Servitut verneinenden actio negatoria, die erst in 30 Jahren verjährt, mit der Einrede der ersessenen Servitut behaupten kann. Es ist ferner zu bemerken, dass die ordentliche Ersitzung einen beschränkten Wirkungskreis hat, wenn der Vasall dem Präscribenten eine Servitut am Lehn bestellt hat. Dies führt uns zu der Betrachtung des ersten oben aufgestellten Falles.

§ 7.

Die einzelnen Fälle der Servitutenersitzung an Lehngrundstücken.

I. Der Vasall will eine Prädialservitut rechtsgeschäftlich am Lehngut errichten und schliesst z. B. einen Vertrag mit dem Erwerber, durch den er ihm die Grundgerechtigkeit einräumt. Hierbei ist zu unterscheiden, ob der dritte Erwerber weiss, dass sein Gegenkontrahent nur ein vasallitisches jus in re an dem mit der Dienstbarkeit zu belastenden Grundstück hat, oder ob er keine Kenntnis hiervon besitzt. Ist dem Dritten diese Tatsache bekannt, so weiss er auch zugleich, dass er nur ein Rechtsgeschäft mit dem Vasallen abschliesst, das ihm nur das obligatorische Recht einräumt, den fraglichen Gebrauch von dem Lehngrundstück zu machen. Als regelmässige Absicht der Parteien ist auch anzunehmen, dass der Vasall das obligatorische Recht nur für die Dauer des vasallitischen Rechts einräumen wollte, ohne dass es auf seine Erben übergehen sollte, ausgenommen auf denjenigen Erben, der sein Nachfolger im Lehn werden würde. Jede Ersitzung ist hier ausgeschlossen, weil Obligationen nicht des Erwerbs

---

[101]) Muther, Die Ersitzung der Servituten, § 13, S. 19.

[102]) Es steht jetzt fest, dass auch servitutes discontinuae in 10 Jahren usukapiert werden, wie ausgesprochen ist im Erkenntnis des ersten Senats des ehemaligen, damals ad hoc errichteten, Oberappellationsgerichts Berlin vom 23. April 1870, bei Fenner u. Mecke, Civilrechtliche Entscheidungen, Jahrg. 1, S. 20 und Erk. desselben Gerichts ebenda Jahrg. 3, S. 76 ff.

durch Ersitzung zugängliche Rechte sind. Einem Lehnsnachfolger des Vasallen gegenüber, der nicht Erbe des letzteren geworden ist und deshalb dessen Verfügung nicht anzuerkennen braucht, kann sich der Inhaber der obligatorischen Berechtigung niemals auf Ersitzung berufen. Ist der Lehnsnachfolger aber Erbe des die obligatio begründenden Vasallen geworden, so muss er die obligatio, die sein Vorfahre errichtete, zwar anerkennen, dies aber als Erbe, nicht weil sie von dem andern ersessen wäre, was nicht möglich ist. Eine Ersitzung kann auch hinsichtlich der obligatio noch aus einem andern Grunde nicht zustande kommen. Wer sich von einem Vasallen wissentlich eine Servitut bestellen liesse, wäre hinsichtlich seines Rechtserwerbes in mala fide; er weiss dass seiner Ersitzung das Hindernis entgegensteht, dass er wegen der obligatorischen Natur des Rechts dasselbe nicht erstzen kann, er weiss ferner, dass dies Recht keine causa perpetua hat,[103]) indem es der Regel »resoluto jure concedentis resolvitur jus concessum« untersteht.

Der andere Fall ist der, dass der Erwerber der Prädialservitut beim Abschluss des dieselbe bestellenden Geschäfts keine Kenntnis davon hat, dass der Vasall nur ein vasallitisches Recht an dem mit der Servitut zu belastenden Grundstücke besitzt. Der dritte Servituterwerber befindet sich alsdann in dem guten Glauben, es mit einem freien Grundeigentümer zu tun zu haben der an dem Eigentum seines Grund und Bodens Dienstbarkeiten einzuräumen in der rechtlichen Lage ist. Bei dieser Sachlage greift zu Gunsten des Erwerbers der Servitut die 10jährige Ersitzung Platz. Denn ihre Voraussetzungen sind alsdann gegeben, namentlich fehlt es nicht an dem gutem Glauben. Der Fall liegt gerade so, als hätte der Dritte sich die Servitut von einem Nichteigentümer des Grundstücks — denn das ist auch der Vasall, weil er ein jus in re hat, kein dominium — bestellen lassen. Allerdings würde der Vasall, wenn der Dritte die Lehnguteigenschaft kennt, eine obligatio mit dem Inhalt der beabsichtigten Grundgerechtigkeit bestellen; wenn dagegen der Dritte die Lehngut-eigenschaft nicht kennt, vielmehr bona fide den Vasallen für den wahren Eigentümer hielt, so entseht in und mit dem Erwerbs-

[103]) Ueber die Bedeutung der causa perpetua bei Servitutenersitzung siehe Urteil des 2. Senats des ehemaligen Oberappellationsgerichts Berlin in Fenner und Mecke, Civilrechtliche Entsch. Jahrg. 3, S. 76 ff.; Urteil desselben Senats vom 8. Juni 1872, ebenda S. 220 ff., woselbst namentlich betont ist, dass causa perpetua im Moment der Entstehung der Servitut vorhanden sein muss.

geschäft ein zur Ersitzung geeigneter Titel für den Dritten und hierbei kommt gar nichts darauf an, ob der Besteller der Servitut eine Verfügungsbefugnis und ein Recht zu der Errichtung derselben hatte oder nicht hatte. Denn die 10jährige Ersitzung bringt beim Vorhandensein ihrer Erfordernisse das Recht von selbst zur Entstehung und macht es unanfechtbar, sodass die Einrede der ersessenen Servitut gegen jeden Negatorienkläger durchschlägt. Der die Servitut bestellende Vasall selbst ist schon durch das ihn bindende Rechtsgeschäft, welches er erfüllen muss, gehindert, die bestellte Servitut als ungiltig zu behandeln. Die Agnaten müssen sich die Wirkungen der vollendeten Ersitzung, dass nämlich die Servitut nunmehr zu Recht erworben ist, gefallen lassen. Man könnte auf Grund der oben in Bezug auf die Fähigkeit des Vasallen zur Servitutenerrichtung erläuterten Stelle II. feud. 8 pr. wenigstens den Lehnsherrn günstiger stellen und gegen ihn nicht die ordentliche, sondern nur die ausserordentliche Ersitzung zulassen wollen, wenn der Dritte in Nichtkenntnis der vasallitischen Gebundenheit des belasteten Grundstücks die Servitut durch ein Rechtsgeschäft erworben hat. Für die Notwendigkeit der ausserordentlichen Ersitzung von 30 Jahren dem Lehnsherrn gegenüber könnte man die Worte des fraglichen Lehnrechtstextes anführen:

Et responsum est, ut vasallo quidem, donec feudum tenet, possit obesse: domino autem etsi longa tempora perseveraveritr servitus minime noceat«.

Hier wird allerdings gegenüber dem Lehnsherrn die ordentliche Ersitzung von 10 Jahren ausgeschlossen, während die ausserordentliche von 30 Jahren offen gelassen ist.[104])

Es fragt sich nur, welches Sachverhältnis die Stelle im Auge hat, soweit sie rechtsgeschäftliche Servitutbestellungen durch den Vasallen »(pretio servitutem imponi pati)« behandelt. Es ist zu unterstellen, dass der Lehnrechtstext den gewöhnlichen und regelmässigen Fall meint, dass der Erwerber einer Grundgerechtigkeit, der Grundstücksnachbar des zu belastenden Lehngrundstücks ist, dessen Lehnqualität auch kennt, also hinsichtlich der Errichtung der Realservitut in mala fide sich befindet,[105]) während an den

---

[104]) Sie bleibt also zulässig, wenn ihre Voraussetzungen, namentlich bona fides des Präscribenten, vorliegen.

[105]) Es lässt sich nicht hiergegen der Einwurf erheben, warum dann nicht auch ausser der longi temporis praescriptio die ausserordentliche Ersitzung im Lehnrechtstext II. feud. 8 pr. ausgeschlossen worden sei, da ja doch auch die ausserordentliche Ersitzung nicht Platz greift, wenn der Erwerber in mala fide ist

weit selteneren Fall nicht gedacht ist, dass ein völlig unschuldiger gutgläubiger Dritter, ohne die Lehnseigenschaft des mit der Dienstbarkeit vom Vasallen beschwerten Grundstücks zu kennen, — Vizinität im eigentlichen Sinne ist gemeinrechtlich nicht erforderlich — sich an demselben eine Realservitut einräumen lasst. Es kann aber auch die Sache so liegen, dass der Vasall selbst keine Kenntnis hat, ob das Grundstück, auf dem er eine Servitut errichten will, Lehnsqualität hat; dies kann insbesondere dann vorkommen, wenn nicht das ganze Lehn, sondern ein einzelnes Grundstück mit der Servitut beschwert wird, welches die Lehnsvorgänger und Erblasser des Servitutbestellers stets als freies Allod betrachtet haben, während es in Wirklichkeit Lehn war. In diesem Falle kann gewiss vom Vasallen, der eine Servitut bewilligt, nicht gesagt werden, dass er pretio, d. h. um sich zu bereichern, aus Gewinnsucht — wie die Zusammenstellung von pretio vel dolo andeutet — oder gar dolo die Servitut errichtete. Wenn beide Teile in bona fide sind, fällt jeder Grund weg, die ordentliche 10jährige Ersitzung der Servitut zu verbieten, vollends gar nur zu Gunsten des ein Heimfallsrecht besitzenden Lehnsherrn, während die Agnaten und Lehnsnachfolger die ersessene Servitut anzuerkennen haben. Es entspricht aber auch der in II. feud. 8 pr. ausgesprochene Ausschluss der ordentlichen Ersitzung völlig dem römischen Recht. Der Kaiser bestimmt, dass longa tempora d. h. ein Zeitablauf von 10 Jahren, wenn die Servitut solange gedauert hat (perseveraverit[106]) — dem Lehnsherrn nicht schadet, dass alsdann noch keine Servitut ersessen ist — servitus minime nocebat. Dies verhält sich nicht anders im römischen Recht, in welchem die Servitut durch blossen Ablauf und die Ausübung durch 10 Jahre hindurch noch nicht ersessen wird, es muss vielmehr noch ausserdem bona fides des Ersitzenden hinzutreten und seine Rechtsausübung begleiten. Daran fehlt es aber, wenn der Ersitzende,

---

Hierauf ist zu entgegnen, dass der Kaiser über die ausserordentliche Ersitzung sich gar nicht ausspricht, es wird in diesem Punkt an das allgemeine Recht gedacht, weil auch dieses bei fortdauernder mala fides die ausserordentliche Ersitzung der Servitut von selbst ausschloss. Das aber die mala fides auch bei den Rechtsnachfolgern des ersten Servituterwerbers fortdauert, ist keineswegs sicher, sie können als Successoren bona fide in den Besitz der mala fide von ihrem Vorgänger erlangten Servituten kommen und alsdann in ihrer Person die ausserordentliche Ersitzung vollenden. Diese Folge hat der Lehnrechtstext gerade nicht beseitigen, er hat kein unbedingtes Ersitzungsverbot aussprechen wollen.

[106]) etsi perseveraverit servitus per longa tempora, heisst nur: auch wenn die Servitut 10 Jahre angedauert hat, d. h. geübt ist.

wie der Lehnrechtstext voraussetzt, weiss, dass das mit der Dienstbarkeit belastete Grundstück Lehnsqualität hat. Hätte der Kaiser auch den Fall treffen und die 10jährige Ersitzung beseitigen wollen, wenn ein unschuldiger Dritter bona fide vom Vasallen die Servitut sich bestellen lässt, so würde die Stelle haben gefasst sein müssen:

> domino autem etsi per longa tempora bona fide perseveravit servitus minime noceat.

Dementsprechend ist denn auch in dem (nicht glossierten) Lehnrechtstext II. feud. 87 gesagt: si quis feudum alienum bona fide ab aliquo justa traditione acceperit . . . . . woselbst also bestimmt die Haupterfordernisse der ordentlichen Eigentumsersitzung hervorgehoben sind. Dieser Lehnrechtstext ist übrigens ein schlagendes Argument für die Zulässigkeit der bona fide vollzogenen Ersitzung einer Servitut am Lehngrundstück. Es wäre nämlich ein Widersinn, wenn man, wie geboten, gemäss obigem II. feud. 87 die Ersitzung des Eigentums an einem Lehngrundstück durch den titulierten gutgläubigen Besitzer zulässt, eine Servitutenersitzung durch den Besitzer aber leugnen wollte, wenn er bona fide war (ein Titel kommt bei der ordentlichen Servitutenersitzung nicht in Betracht).

Die bona fides des Praescribenten wird nicht schon fern gehalten durch die objektive Existenz der Lehnguteigenschaft, sodann dadurch, dass der Ersitzende, wenn er das den Erwerb der Servitut bezweckende Rechtsgeschäft mit dem Vasallen abschliesst, weiss, dass er es mit einem Vasallen zu tun hat. Freilich kann auch dann noch das zu belastende Grundstück freies Eigentum sein; denn es ist nichts ungewöhnliches, dass ein Vasall auch Allodeigentum hat. Allein der gute Glaube bei der Ersitzung darf kein leichtfertiger sein, er muss auf einem entschuldbaren Irrtum beruhen.[107]) Gegen diese Voraussetzung verstösst doch sicherlich derjenige, welcher von einem Vasallen eine Servitut bestellen lässt, wenn er nicht zuvor sich vergewissert, ob das Grundstück nicht etwa eine eingetragene Lehnsqualität hat, sodass der Vasall nur ein persönliches Gebrauchs- und Nutzungsrecht an dem Grundstück einräumen kann.

Die mala fides ist etwas höchst persönliches, der Präscribent muss sie selbst haben. Bei Rechtsnachfolge findet keine Succession in die mala fides des Antecessors statt; denn mala fides auctoris

---

[107]) Arndts a. a. O. § 160, S. 241.

non nocet (L. 5 pr. D. de div. temp. 44,3), der Successor kann sich nur den bösgläubigen Besitz seines Vorgängers per accessionem temporis nicht anrechnen, auch wenn er bona fide ist, wohl aber kann der gutgläubige Besitzer in seiner Person die Usukapion ohne accessio temporis ganz von vorn anfangen. Ausserdem ist bei Erbgang der Erbe gehindert, die noch unvollendete Ersitzung fortzusetzen, wenn er in malam fidem gerät, mala fides superveniens nocet[108]). Nach diesen Regeln ist es möglich, dass ein Successor bona fide in seiner Person die Ersitzung einer Servitut beginne, obschon sein Antecessor im herrschenden Grundstück eigentlich gar keine Servitut hatte, indem er mala fide war, als er vom Vasallen auf dem Lehngrundstück sich ein obligatorisches Gebrauchs- und Nutzungsrecht bestellen liess. Es kann auch sein, dass der Vorgänger überhaupt keine Servitut vom Vasallen erwerben wollte, sondern nur ein persönliches Recht, z. B. er hat die Benutzung eines Weges gepachtet, oder er hat durch ein Precarium dieselbe sich einräumen lassen, um zu seinem Grundstück zu gelangen. Wenn der Successor dann dies Pachtrecht oder precarium nicht kennt, wenn er tatsächlich die Benutzung des Weges fortsetzt in dem Glauben, er habe eine der landläufigen Wegeservituten, so kann der Successor die Servitut in 10 Jahren vom Beginn seiner Ausübung an ordentlich ersitzen, denn eines Titels bedarf er bei der Servitutenersitzung nicht, und die mala fides seines Auctors, bezw. der ganz anders geartete animus precarii, conductionis, den der Auctor hatte, ist dem nichtwissenden Successor unschädlich.

II. Mit vorstehender Beantwortung der Frage I (rechtsgeschäftliche Bestellung der Prädialservitut durch den Vasallen) ist auch grossenteils schon die zweite Frage beantwortet, wie es sich verhält, wenn ein Nichteigentümer des Lehngrundstücks eine Prädialservitut an demselben durch Rechtsgeschäft mit einem Dritten errichten will, während der Servitutenerwerber das Lehngrundstück für freies Eigentum hält. Dies ist eigentlich auch der Fall des Vasallen, auch er ist solcher Nichteigentümer; denn er hat nur ein jus in re. Der Unterschied beider Fälle besteht im wesentlichen in der Art der bona fides. Wer sich, um eine Servitut zu erwerben, mit einem Lehngutbesitzer einlässt, kann nicht so leicht guten Glauben haben. Sein Glaube ist viel eher ein

[108]) Anders nach dem durch das kanonische abgeänderten römischen Recht; nach letzterem kam auf die bona fides des Erben nichts an, sowie ihm umgekehrt seine bona fides nichts half, wenn der Besitz des Erblassers nicht zur Ersitzung geeignet war. L. 2 § 19 pro emt 41, 4; L. 11 D. de div. temp. 44,3.

leichtfertiger, wenn er gar nichts tut, um die Lehn- oder Allodqualität zu erforschen, wozu er wegen Vasalleneigenschaft seines Mitkontrahenten alle Veranlassung hätte. Er wird ferner, wie erwähnt, als Grundstücksnachbar des Vasallen oftmals recht gut um die Lehnguteigenschaft des zu belastenden Grundstückes Bescheid wissen. Ein weiterer Unterschied beider Fälle in rechtlicher Beziehung ist aber der, dass, wenn ein Nichteigentümer des Lehngrundstücks eine Prädialservitut an demselben rechtsgeschäftlich errichtet, der Lehnrechtstext II. feud. 8 pr. auf dieses Verhältnis keine Anwendung leidet und dem Servituterwerber nicht entgegengehalten werden kann, denn der Lehnrechtstext bezieht sich nur auf eine vom Vasallen ausgehende Servitutenerrichtung (abgesehen von dem Fall, wo er injuria, durch Nichttun u. s. w. die Servitut ersitzen lässt).

Die Ersitzung einer Servitut, die ein Nichteigentümer des Lehngrundstücks an demselben einem Dritten bestellt, steht unter den gewöhnlichen Regeln. Der Dritte muss aus besonderem animo juris und bona fide 10 Jahre hindurch die Servitut ausüben, wenn er sie ordentlich ersitzen will. Der Dritte braucht überhaupt keinen Titel zur Servitutenersitzung, es genügen die ebengenannten Erfordernisse (abgesehen von res habilis und fortgesetztem Vorhandensein der Erfordernisse), und darum ist es unerheblich, dass der Servitutbesteller als Nichteigentümer gar nicht die Verfügungsbefugnis hatte, eine Dienstbarkeit an dem Lehngrundstück zu errichten. Die Lehnsqualität des dienenden Grundstücks ist für die Ersitzung der Servitut ganz gleichgültig, wenn der Erwerber von ihr bei der Servitutbestellung nichts weiss und auch vor Ablauf der 10 Jahre nichts erfährt. Denn die Ersitzung erzeugt selbsttätig und aus eigener Rechtskraft einem Grundstück gegenüber die Servitut. Kennt aber der Servitutenerwerber bei der Bestellung der Servitut das Nichteigentum seines Auctors, so ist er mala fide, er kann niemals ersitzen, auch nicht ausserordentlich, nur die unvordenkliche Verjährung, die keine Ersitzung ist, könnte seinem Nachfolger zu statten kommen. Ebenso verhält es sich, wenn der Erwerber der Servitut vor Ablauf der 10 Jahre erfährt, dass der Nichteigentümer, der ihm die Servitut bestellte, kein Recht hierzu hatte. Hier gilt der Satz: mala fides superviens nocet. Die hinterher erlangte Kenntnis des Erwerbers der Servitut, dass der Besteller nicht Eigentümer des belasteten Grundstücks war, versetzt den Erwerber aber dann nicht in eine mala fides superviens, wenn der Erwerber etwa andere gute Gründe

(als seinen Erwerbstitel) hat anzunehmen, dass ihm die Servitut als ein Recht zustehe[109]), ferner wenn der Nichteigentümer die Servitut mit Einwilligung des senior feudi, also mit dessen Genehmigung errichtete, vorausgesetzt, dass es nicht eine das vasallitische Recht schmälernde Servitut ist, die auch der Lehnsherr als Proprietar nicht bestellen darf. Ob der Nichteigentümer sein Nichteigentum an dem Grundstück kennt oder nicht, ob er sich also in bona oder mala fide befindet, berührt die sich unabhängig hiervon vollziehende Ersitzung des Erwerbers der Servitut nicht.

Wenn auf Seite des Servituterwerbers eine Rechtsnachfolge eintritt, so verhält es sich mit der Ersitzung des Nachfolgers ebenso, wie in dem zuerst betrachteten Falle, dass die Servitut vom Vasallen erworben würde und alsdann dem Erwerber ein anderer succediert.

III. Wir kommen nun zu der letzten aufgeworfenen Frage, wie es sich mit der Ersitzung verhält, wenn der Eigentümer eines Nachbargrundstücks ohne vorgängige Bestellung seitens des Vasallen oder eines andern eine Servitut am Lehngrundstück durch Ersitzung erwirbt. Es ist dies der Fall des originären Servitutenerwerbs ohne translativen Titel, welcher Fall gar keine Besonderheiten hat[110]). Voraussetzung der ordentlichen Ersitzung ist auch hier bona fide und 10 jährige Ausübung in der Meinung und Absicht, ein dingliches Recht an dem Grundstück auszuüben. Die bona fides ist hier anders zu begründen als durch Berücksichtigung eines Titels. So, wenn der Ersitzende als Erbe die Servitut im Nachlasse vorfindet[111]), ohne zu wissen, woher sie stammt; er weiss nur, dass sein Erblasser die Servitut als ein Recht längere Zeit öffentlich ausgeübt hat und auch Veranstaltungen und Einrichtungen zur Ausübung vorhanden sind.

Der Lehnrechtstext II. feud. 8 pr. trifft auch diesen Fall der Servitutenersitzung ohne translativen Titel nicht, denn es beschäftigt sich II. feud. 8 pr. mit der Sachlage, dass der Vasall

[109]) Angenommen wurde dies für Fideicommisse, an denen ein Nichtberechtigter eine Servitut errichtet, im Urteil des 4. Civilsenats des R. G. vom 7. Mai 1887 in Entsch. Bd. 19, S. 269 f.

[110]) Es treten also die allgemeinen Grundsätze der Servitutenersitzung nach Civilrecht ein, ebenso wie, wenn eine Eigentumsersitzung am Lehen seitens eines unbeteiligten Dritten in Frage ist, die Ersitzung sich ebenfalls nach den Voraussetzungen und Regeln des Civilrechts vollzieht.

[111]) ferner bei Ankauf eines Grundstückes, welches nach der Versicherung des Verkäufers als herrschendes auf einem angeblich freien Grundstück einer Servitut hat, während das letztere Lehneigenschaft besitzt.

injuria rei beneficiariae servitutem imponi patiatur, und es wird entschieden, welche Wirkung dies dem Lehnsherrn gegenüber hat. Dagegen trifft die Argumentation zu, dass, wenn der Präscribent schon in den ersten beiden oben erörterten Fällen (wenn er von dem Vasallen, von einem Nichteigentümer die Servitut erwarb) bona fide und animo juris durch 10jährige Ausübung die Servitut ersitzt, er dieselbe ganz ebenso ersitzen muss, als wenn er die Servitut in Besitz bekommen hat, ohne sie durch einen besonderen Titel vom ersten Besteller derselben erworben zu haben. Denn der Titel ist ja bei der Servitutenersitzung keine notwendige Voraussetzung. Kann ein Titel unter Umständen die Servitutenersitzung hindern, wenn nämlich der Titel ein fehlerhafter ist und der Erwerber der Servitut dies weiss, sodass er keine bona fides haben kann, so ist in diesem Punkt derjenige besser gestellt, der gänzlich des Titels entbehrt; denn alsdann kann auch ein fehlerhafter Titel und die Kenntnis desselben seiner bona fides kein Hindernis bereiten. Wenn die Servitutenersitzung sich nicht auf einen Titel gründet, der sie in ein näheres oder entfernteres Verhältnis mit dem Lehnsverbande bringt, so ist gar nicht abzusehen, wie dieser latent bleibende Lehnsverband irgendwie die bona fide und animo juris sich vollziehende Ersitzung einer Servitut zu stören vermöchte. Der Präscribent ersitzt die Servitut sogar dann, wenn er weiss, dass es ein Lehngrundstück ist, gegen welches sie ihm zusteht[112]) vorausgesetzt, dass er bona fide ein Recht zu haben glaubt. Die Kenntnis der Lehnqualität auf Seiten des Ersitzenden hindert seine bona fides so wenig, wie die Kenntnis des freien Eigentums eines Grundstücks auf Seite des Usukapienten seiner Ersitzung Eintrag tut, wenn die Servitutenersitzung sich gegen ein im freien Eigentum befindliches Grundstück richtet. Die Ersitzung am Lehngrundstück findet auch kein Hindernis daran, dass der Lehnsherr, der Vasall oder die Agnaten keine Kenntnis von ihrem Laufe haben[113]); selbstverständlich darf aber die Besitzergreifung der Servitut seitens des Präscribenten nicht clam geschehen sein.

---

[112]) Servituten setzen ein fremdes Grundstück, auf dem sie lasten, voraus. Wer wissentlich eine Servitut an einem Lehngrundstück ersitzt, weiss nur, dass ausser seiner Servitut noch ein anderes jus in re, das vasallitische Recht, auf dem Grundstück ruht. Die Kenntnis des Dritten von der Lehnqualität des Grundstücks bewirkt nur, dass derselbe nun weiss, dass der gegenwärtige Vasall ihm keine Servitut durch Rechtsgeschäft einräumen darf.

[113]) Unterholzner. Ausführliche Entwicklung der gesamten Verjährungslehre, Bd. II § 212, S. 175 f.

Haben die genannten Lehnsinteressenten keine Wissenschaft von der laufenden Servitutenersitzung, so mag dies möglicherweise auf ihre Negatorienklagen und deren Nativität Einfluss ausüben. Ist aber die Servitutenersitzung in 10 Jahren eine vollendete Tatsache geworden, so nützt den Lehnsinteressenten die Negatoria nichts mehr, auch wenn ihre 30jährige Verjährungszeit noch nicht abgelaufen ist. Die Ersitzung der Servitut richtet sich nur gegen den Lehnsherrn als den Eigentümer des Lehngrundstücks; denn die Servitut belastet das Grundstück, nicht das unkörperliche jus in re des Vasallen. Da aber der Vasall das Gebrauchs- und Nutzungsrecht an dem Grundstück hat und da die Servitut dieses nach Massgabe ihres Inhalts beschränkt, so wird auch der Vasall in Mitleidenschaft gezogen, denn die Servitut als dingliches Recht muss sich jeder Dritte gefallen lassen, folglich kann dieselbe vom Präscribenten nach vollendeter Ersitzung auch gegen den Vasallen geltend gemacht werden.

Die Anstellung der actio negatoria seitens des Vasallen unterbricht die Servitutenersitzung gegen den dominus nicht; um diesen Erfolg zu erreichen, müsste der dominus feudi selbst negatorisch klagen. Denn, wie bemerkt, lastet die Servitut auf dem Grundstück, nicht auf dem vasallitischen R e c h t e. Allerdings hat auch der Vasall als dinglich Berechtigter die negatoria. Ihr Ziel ist aber, ähnlich wie beim Usufructuar, die Beseitigung der Störung des Gebrauchs und der Benutzung des Lehngrundstücks, während die negatoria, die der dominus feudi anstellt, den Eingriff in das Eigentum verfolgt. Der Vasall, wenn er die negatoria gegen den Präscribenten einer Servitut erhebt und obsiegt, kann denselben durch Vollstreckung des Urteils an ferneren Handlungen hindern, die in Ausübung der Servitut erfolgen könnten, und dies tut auch der gegen den dominus feudi laufenden Ersitzung Eintrag, indem sie durch Unterbrechung der Ausübung der Servitut zum Stillstand gebracht wird. Die Erhebung der Klage und das obsiegende Urteil des Vasallen hat diese Wirkung für sich allein zu Gunsten des dominus nicht, es muss der Vasall vielmehr erst durch die Vollstreckung seines Urteils die fernere Ausübung der Servitut durch den Ersitzenden stören und dies beeinflusst auch die Ersitzung, die gegen den Lehnsherrn als den Grundstückseigentümer gerichtet ist.

Nach den vorstehenden Ausführungen über die Ersitzung wird übrigens auch der Vasall behandelt, der eine Servitut an seinem Lehngrundstück erwerben möchte, ohne zu wissen, dass

es sein Lehn ist. Wenn der Vasall weiss, dass das Grundstück, auf dem er zu Gunsten seines Allodgrundstücks eine Servitut erwerben will, Lehnqualität hat, so kann er nie ersitzen, er hat keine bona fides und alle Ausübungshandlungen würde er kraft vasallitischen, nicht kraft servitutischen Rechts vornehmen. Ist der Vasall aber bona fide, hat er also keine Kenntnis davon, dass das Grundstück, auf welchem er für sein Allodgrundstück eine Servitut erwerben möchte, ein Teil des Lehnguts ist, so kann er die Servitut erwerben oder ersitzen, z. B. wenn sie ihm ein putativer Eigentümer des fraglichen Teils des Lehnguts bestellt. Es kann aber der Lehnsherr dem Vasallen zu Gunsten von dessen Allodialgrundstück eine Realservitut auf einem zum Lehn gehörigen Grundstück bestellen, die dann ersessen werden kann. Denn der Lehnsherr als dominus der Lehnssubstanz ist hierzu imstande. Gebraucht oder benutzt der Vasall ein Lehngrundstück zu Gunsten seines allodialen, so entsteht keine Servitut durch Ersitzung, weil der Vasall Kenntnis von der Lehnsqualität hat. —

Wenden wir uns zum Preuss. Allgem. Landrecht, so enthält der Abschnitt 1 des Tit. 18 § 13 fg. im ersten Teil des ALR. keine Vorschriften über die Servitutenersitzung am Lehngrundstück, namentlich auch nicht in den schon oben mitgeteilten §§ 665 ff. (a. a. O.) Die Servitutenersitzung steht vielmehr ganz unter den Grundsätzen des allgemeinen landrechtlichen Verjährungsrechts.[114]) Danach ist die Ersitzung von Servituten an Lehen wie gegen andere im freien Eigentum stehende Grundstücke zulässig.[115]) Das ALR. T. 1 Tit. 9 Abschn. 9 §§ 500 fg. hat entsprechend dem damaligen Stande der gemeinrechtlichen Rechtslehre die Klageverjährung, die usucapio libertatis, das Erlöschen durch non usus und die Eigentumsersitzung noch nicht scharf von einander geschieden, und so wird dann auch die Ersitzung von Rechten promiscue mit der Eigentumsersitzung behandelt, deren Grundsätzen jene folgt. Die Voraussetzungen der landrechtlichen Servitutenersitzung sind die des gemeinen Rechts[116]) mit dem

[114]) Urteil des 5. Civilsenats d. R. G. vom 16. Mai 1888 in Entsch. Bd. 21, S. 308.

[115]) Teil I Titel 9 § 665 ALR.

[116]) Namentlich Inbesitznahme und Ausübung animo juris und bona fide ohne die Besitzfehler vi, clam, precario, — s. Förster-Eccius, Theorie und Praxis des heutigen gemeinen preussischen Privatrechts, III, § 187. Durch Plenarbeschluss des Obertribunals vom 27. August 1838 in Entscheidungen Bd. 4 S. 169 ist entschieden, die Vorschrift von § 14 ALR. I 22 — dass bei der Erwerbung einer Grundgerechtigkeit durch Verjährung nachgewiesen sein muss, dass der Besitzer

wichtigen Unterschiede, dass für die ordentliche Ersitzung, die in 10 Jahren vollendet wird (§ 620 ALR. I. 9), während für die ausserordentliche 30 Jahre gelten (§ 625 a. a. O.), ausser bona fides noch ein Titel erfordert wird.[117]) Der Titel bei der Servitutersitzung muss, wo er gefordert wird, ein konstitutiver sein, d. h. vom Besteller der Servitut herrühren. Ein translativer Titel genügt nicht, d. h. wenn z. B. jemand ein Grundstück, welchem eine Aktivservitut zusteht, kauft, so kann er auf Grund des translativen Kauftitels die mit dem Grundstück gekaufte Servitut nicht ersitzen, er muss auf den Titel zurückgehen, vermöge dessen die Servitut seinem Verkäufer vom Eigentümer des dienenden Grundstücks bestellt oder sonst erworben war.[118]) Anknüpfend an die übrigens verneinend zu beantwortende gemeinrechtliche Streitfrage, ob der Eigentümer des dienenden Grundstücks die Ausübung der Servitut gekannt und geduldet habe (scientia et patientia adversarii), verlangt das ALR. zum Besitzerwerb einer Servitut, dass ohne Widerspruch des Gegners des Präscribenten die Handlung vorgenommen ist, obwohl der Gegner widersprechen konnte. (I. 7 § 81 ALR.); für die Ersitzung kommt ferner in Betracht I. 9 § 512 ALR. Derselbe lautet:

»Keine Art der Verjährung kann gegen den anfangen, welcher von seinem Rechte nicht unterrichtet sein konnte.«

Nach diesen Vorschriften modifiziert sich die Entscheidung über die Servitutenersitzung im praktischen Falle verschiedentlich, verglichen mit dem gemeinen Recht. Anfänglich hatte das Preuss. Obertribunal das Präjudiz[119]) vom 11. Juni 1850 aufgestellt: »Durch die rechtsverjährte Zeit hindurch von dem Vasallen ohne Genehmigung und Wissen der Agnaten gestattete Ausübung einer

des berechtigten Grundstücks die streitige Befugnis als wirkliches Recht und nicht vermöge blosser Vergünstigung in Anspruch genommen habe, — enthalte keine Abweichungen von der allgemeinen gesetzlichen Bestimmung über die Verjährung von Rechten und findet daher auch auf die 30jährige Ersitzung Anwendung; ebenso entschied ein Urteil des II. Hilfssenats d. R. G. vom 15. April 1880, in Gruchot's Beiträgen zur Erläuterung des deutschen Rechts, herausgegeben von Rassow und Küntzel, Bd. 24 S. 896 f.

[117]) Förster-Eccius a. a. O. § 187. Das Erforderniss des Titels wird a contrario gefolgert aus ALR., I. 9 § 625, welcher lautet: »Wer zwar vollständiger redlicher Besitzer ist, aber keinen Titel seines Besitzes nachweisen kann, zu dessen Gunsten wird die Verjährung erst in 30 Jahren vollendet.«

[118]) Für das gemeine Recht fällt dieser Unterschied des constitutiven und translativen Titels der Servitutenersitzung fort, weil gar kein Titel dafür erfordert wird.

[119]) Präjudiziensammlung, Bd. II S. 13 No. 2216.

Forstgerechtsame auf einem Lehngut wird diese Servitut durch Verjährung zwar gegen den Lehnbesitzer erworben, und muss von seiner Descendenz und seinen Erben oder seinem Singularsuccessor anerkannt werden, dieselbe verliert aber ihre Gültigkeit, sobald das Lehngut auf einen Agnaten übergeht, der nicht Erbe des Vorbesitzers geworden ist.«[120])

Das deutsche Reichsgericht hat sich dieser Auffassung nicht angeschlossen und entschieden, dass die Ersitzung von Servituten an Lehngrundstücken keine lehnrechtlichen Besonderheiten habe, sondern sich nach dem allgemeinen Verjährungsrecht richte, dass es deshalb »auch beim Lehn so zulässig als geboten ist, die Servitutenersitzung ohne Rücksicht auf die speziellen Vorschriften der §§ 665 ff. ALR. I, 18 nach den allgemeinen Verjährungsgrundsätzen zu behandeln und diese führen nicht dahin, dass die Servitutenersitzung gegen ein Lehngrundstück auszuschliessen oder den Agnaten gegenüber nur unter ganz besonderen Umständen für wirksam zu erachten sei.«[121])

Nach Preussischem Servitutenrecht würden die drei oben aufgestellten Fälle, wie folgt, zu entscheiden sein.

1. Der Vasall will eine Servitut rechtsgeschäftlich am Lehn bestellen. Weiss der Erwerber, dass der Besteller nur Vasall ist, so ist er mala fide und kann nicht ersitzen. Es wird dann nur ein Rechtsgeschäft mit obligatorischer Wirkung zustande gebracht, welches von dem Lehnsfolger nur anerkannt werden muss, wenn er Erbe des Vasallen geworden ist. Ist aber der Erwerber in bona fide, d h. er weiss nichts von der Lehnsqualität, so kann der Erwerber zwar fehlerfrei (nec vi nec clam nec precario) den Besitz der Servitut ergreifen, allein es fehlt ihm der nach Preussischen Recht erforderliche justus titulus; denn sein Titel ist deshalb fehlerhaft, weil der Vasall als Nichteigentümer die Servitut nicht errichten konnte; demgemäss findet hier nicht die ordentliche, sondern die ausserordentliche, keines Titels bedürfende Ersitzung statt. Was die Wirkung von § 512, I. 9 ALR. auf die Servitutenersitzung anlangt, so ist die erforderliche fehlerfreie Besitzergreifung ohne Wirkung und ohne Zustimmung des dominus feudi, nur nicht gegen seinen Willen, möglich. Die Kenntnis des

---

[120]) Ebenso entschied das Urteil des 2. Civilsenats des früheren Obertribunals vom 28. Juni 1859, in Striethorsts Archiv für Rechtsfälle, S. 106 ff. Bd 24.

[121]) Urteil des 5. Civilsenats des R. G. vom 16. Mai 1888, in Entsch. Bd. 21 S. 304 ff, 308; Urteil des 5. Civilsenats vom 7. Mai 1887, ebenda Bd. 19 Z. 266 ff.

dominus feudi als Eigentümers der belasteten Sache ist keine Voraussetzung der Servitutenersitzung. »Nicht die Unkenntnis des Eigentümers von dem Besitzerwerbe eines andern schliesst nach § 512 ALR I. 9 die Verjährung aus, sondern nur die Unmöglichkeit, Kenntnis davon zu erlangen.«[122])

Unter Umständen kommt aber dem Lehnsherrn und den Agnaten I. 9, § 512 ALR. zu statten, wonach die Ersitzung nicht beginnen kann gegen denjenigen, der von seinem Recht nicht hat unterrichtet sein können. Wer aber diese entschuldbare Nichtkenntnis behauptet, hat die Tatsachen nachzuweisen, aus denen sie hervorgeht. Andererseits ist eine absolute Unmöglichkeit der Kenntnis für die Anwendung des § 512 cit. nicht erforderlich[123])

2. Ein Nichteigentümer des Lehnsgrundstücks will eine Prädialservitut an demselben durch Rechtsgeschäft errichten und der Erwerber der Servitut hält das Lehngrundstück für Eigentum.

Dieser Fall ist ähnlich, wie der zu 1), nach Preuss. Recht zu entscheiden. Ist der Erwerber der Servitut bona fide und kennt er das Nichteigentum des Bestellers nicht, so kann er gleichwohl nicht ordentlich ersitzen weil der hierfür erforderliche fehlerfreie Titel (justus titulus) mangelt. Denn ein Nichteigentümer des zu belastenden Grundstücks kann einen Konstitutivtitel nicht gewähren. Die bona fides des Erwerbers hilft über das Fehlen des Erfordernisses eines geeigneten Titels nicht hinweg. Es findet aber die ausserordentliche Ersitzung statt, die keines Titels bedarf. Bezüglich der Kenntnis des Seniors und der Anwendbarkeit des § 512 I 9 ALR. verhält es sich wie oben zu 1).

3. Der Eigentümer eines Nachbargrundstückes erwirbt ohne Bestellung seitens des Vasallen oder eines Dritten eine Servitut am Lehngrundstück. Dieser Fall ist einfach. Wenn grundsätzlich Servituten am Lehn bona fide erworben werden können, so wird die Servitut vom Präscribenten, da ihm in diesem Fall ein Titelfehlt, welcher Erfordernis der ordentlichen Ersitzung im Preussischen Recht ist, durch ausserordentliche Ersitzung nach einem Zeitraum von 30 Jahren durch fehlerlos fortgesetzte Ausübung der Servitut erworben. Hinsichtlich des § 512 I, 9 ALR. gilt dasselbe, was oben gesagt worden ist.

[122]) Angenommen für Servitutenersitzung gegen ein Fideicommiss nach preuss. Recht durch Urteil des V. Civilsenats des Reichsgerichts vom 7. Mai 1887, in Entsch. Bd. XIX S. 277. aber auch auf Ersitzung einer Servitut gegen Lehnsgrundstücke anwendbar.

[123]) Rehbein und Reincke, a. a. O. Bd. I, S. 417 zu § 512 cit. Note 137 und die dort angeführte Judikatur des früheren Preussischen Obertribunals.

§ 8.

Die Ersitzung von Prädialservituten an Fideikommissgrundstücken.

Bei der Frage, inwieweit Prädialservituten am Fideikommiss ersessen werden können, sind dieselben Fälle, wie beim Lehn, zu unterscheiden, nämlich:

1. Der Fideikommissinhaber will eine Prädialservitut durch ein Rechtsgeschäft bestellen.

Der wichtigste Unterschied ist hier der, dass der Fideikommissinhaber Eigentümer des Fideikommissgrundstücks ist, allerdings interimistischer. Daraus folgt, dass der Fideikommissinhaber eine Servitut auf dem Fideikommisse errichten, also dem Erwerber der Servitut einen Titel verschaffen kann.

Diese Servitut ist, wie das Fideicommisseigentum, von revokabler Dauer, nach der Regel »resoluto jure concedentis resolvitur jus concessum« Dieser Titel ist jedoch zur Ersitzung nicht geeignet, wenn der Erwerber der Servitut weiss, dass ihm letztere vom Besteller in dessen Eigenschaft als Fideikommissar eingeräumt ist. Denn alsdann wusste der Erwerber, dass der Fideikommissbesitzer ihm nur ein widerrufliches, dessen Lebenszeit nicht überdauerndes Recht einzuräumen imstande war, er war mithin nicht in bona fide. Selbst wenn die so bestellte Servitut 30 Jahre bestanden hätte und der Besteller und Fideikommissinhaber alsdann verstürbe, würde keine Ersitzung stattgefunden haben; der Fideikommissfolger, wenn er nicht Erbe des Verstorbenen wurde, brauchte die Servitut nicht anzuerkennen. Man kann dies Verhältnis auch so ausdrücken: gegen den Fideikommissbesitzer, der eine Servitut errichtet, findet keine Ersitzung seitens des Erwerbers statt. Indess darf man nicht absolut sagen: die Servitutenersitzung gegen ein Fideikommissgut ist ausgeschlossen; denn dieser Satz würde noch andere Fälle einbegreifen, in denen er nicht zutrifft. Der Grund weshalb gegen den die Servitut bestellenden Fideikommissbesitzer eine Ersitzung nicht stattfindet, ist keine Eigentümlichkeit des Fideikommissguts, sondern eine gewöhnliche Wirkung der Servitutenersitzung, die nicht eintritt, wenn der Erwerber nicht bona fide ist, wie hier, wo der Erwerber weiss, dass sein Recht nur ein interimistisches sein kann. Die Ersitzung tritt hier auch nicht ein und sie kommt nicht in Lauf gegen den neuen Fideikommissfolger, dessen Vorgänger die Servitut bestellte. Denn auch dem Fideikommissfolger gegenüber

dauert, wenn dieser die Fortsetzung der Servitut duldet, der Mangel der bona fides fort. Man kann nicht folgern, in 30 Jahren müsse der Inhaber der Servitut dieselbe doch gegenüber dem Fideikommissnachfolger ersitzen können. Dagegen succediert, wenn der Erwerber der Servitut das herrschende Grundstück verkauft, der Käufer nicht in die mala fides des Verkäufers, sondern der Käufer kann in seiner Person die Ersitzung der mitgekauften Servitut gegenüber dem Fideikommissbesitzer beginnen, vorausgesetzt, dass der Käufer in bona fide ist und dass auch die übrigen Voraussetzungen der Servitutenersitzung vorliegen, namentlich die Meinung und Absicht, ein durch das revokable Recht des Fideicommissbesitzers nicht beschränktes Realrecht erworben zu haben. Zu dieser Annahme muss der Käufer aber guten Grund haben, der insbesondere dann vorhanden ist, wenn er nicht weiss, dass das belastete Grundstück Fideicommissqualität besitzt, indem er es etwa für ein Allodgrundstück des Fideicommissbesitzers hält, oder wenn der Käufer überhaupt nicht weiss, dass die Servitut von dem Fideicommissbesitzer in dieser Eigenschaft bestellt wurde, der Käufer glaubt vielleicht, es sei eine ganz alte Servitut, die schon vor der Errichtung des Fideicommisses entstanden sei. Denn derartige Servituten gehen als vorhandene Lasten des Stifters auf den ersten Fideicommissinhaber über und eine vor Errichtung des Fideicommisses bestellte Servitut ist ersitzungsfähig, da die Stiftung eines Fideicommisses kein Grund ist, die gegen ein Fideicommissgrundstück schon vorher errichtete Servitut an dem Ersessenwerden zu verhindern. Der Käufer, der solchermassen in seiner Person die Ersitzung bona fide beginnt, kann sich die Besitzzeit des Verkäufers nicht vermöge accessio temporis[124]) anrechnen; denn dieser hatte nicht bona fide besessen, wenn er sich wissentlich die Servitut von einem Fideikommissbesitzer bestellen liess. Wenn der Käufer die Ersitzung vollendet hat, so ist die Servitut ersessen, und jeder Fideikommissfolger und Agnat hat die Ersitzung anzuerkennen. Es steht jedoch dem Fideikommissbesitzer frei, dem Käufer den Ursprung seiner Servitut glaubhaft mitzuteilen,[125]) alsdann liegt beim Käufer mala

[124]) Ueber die Zulässigkeit der Anrechnung mittels accessio temporis bei Servitutenersitzung, siehe Muther a. a. O. § 43 S. 64 f.

[125]) Schon wenn der Besitzer ohne äussere Veranlassung an der Rechtmässigkeit seines Besitzes zu zweifeln beginnt, gerät er in mala fides, s. Muther a. a. O. S. 65 § 44. Im Justinanischen Recht sind Einsprüche gegen den Lauf der Ersitzung mit der Wirkung der Unterbrechung anerkannt, s. const. 2 C. de annali exc. 7,40.

fides superveniens vor, er kann die bona fide begonnene Ersitzung wegen dieses Hindernisses nicht vollenden.

Aehnlich wie bei der Singularsuccession eines Kaufs verhält es sich, wenn der Erbe des Servituterwerbers ersitzen will. Weiss derselbe, dass sein Erblasser sich die Dienstbarkeit in Kenntnis der Fideikommisseigenschaft auf einem fideikommissarischen Grundstück bestellen liess, so teilt der Erbe die mala fides seines Vorgängers; denn er weiss wie dieser, dass das servitutische Recht nur als ein interimistisches bestellt wurde. Die Ersitzung ist mithin ausgeschlossen. Hatte jedoch der Erbe des Servitutenerwerbers keine Kenntnis von der widerruflichen Eigenschaft der Servitut, war er also bona fide und liegen auch die übrigen Voraussetzungen vor, hat der Erbe namentlich die begründete Ueberzeugung, ein unbeschränktes Servitutenrecht mit dem herrschenden Grundstück geerbt zu haben, so beginnt der Erbe in seiner Person die Ersitzung, die er dann ohne accessio temporis vollendet, falls nicht etwa vor vollendeter Ersitzung eine mala fides superveniens die letztere unterbricht.

Die Agnaten müssen jede ersessene Servitut gegen sich gelten lassen, auch der Fideicommissfolger, der nicht Erbe des Bestellers wurde. Daran wird nichts dadurch geändert, dass etwa die 30jährige Frist für die Verjährung der negatoria actio noch nicht abgelaufen ist. Der Fideicommissbesitzer, der die Servitut errichtet, kennt dieselbe natürlich, sein Fideicommissnachfolger möglicherweise nicht. Indessen ist des letzteren Unkenntnis von der Existenz der Servitut ohne Wirkung auf den Lauf und die Vollendung einer Servitutenersitzung. Selbst eine entschuldbare Unkenntnis des Fideicommissfolgers darüber, dass der Servitutberechtigte sich im Ersitzungsbesitze befindet und demnächst ersessen haben wird, hindert nach gemeinem Recht die Ersitzung nicht. Ueberhaupt ist es keine Voraussetzung der Wirksamkeit der Servitutenersitzung, dass der Eigentümer des belasteten Grundstücks die Errichtung der Servitut oder den Lauf der Ersitzung kennt.[116])

---

[126]) Unterholzner, a. a. O. Bd. II § 212 S. 175. Die const. 2 de serv. 3, 34 kann für das Erfordernis der Kenntnis des dominus fundi servientis mit Grund nicht angeführt werden. Denn die Worte »eo sciente« enthalten nur ein Tatbestandsmoment des zur Entscheidung stehenden Rechtsfalles und beziehen sich auf fehlerfreien Besitz der Servitut. Danach ist es nicht richtig, wenn das frühere Preussische Obertribunal im Erkenntnis des II Senats vom 19. Mai 1859 (in dessen Entsch. Bd. 41 S. 249) von der const. 2 cit. bemerkt: »und L. 2 cit. erfordert neben Fehlerfreiheit des Besitzers die scientia domini.«

II. Ein Nichteigentümer des Fideicommisses will eine Praedialservitut an demselben durch Rechtsgeschäft errichten und der Erwerber der Servitut hält den Nichteigentümer für den Eigentümer.

Der Nichteigentümer kann ein völlig Fremder sein oder ein Agnat, welcher das Gut zu Unrecht in Besitz genommen hat und es an den besser berechtigten Agnaten abgeben müsste, der als der wahre Eigentümer einzutreten hätte. Der Nichteigentümer, der den Schein des Eigentümers annimmt, kann das zu belastende Grundstück ausgeben entweder

a. als sein Fideicommiss oder

b. als sein freies Eigentum.

Im ersten Fall tritt der Besteller der Servitut als Fideikommisseigentümer auf, und das belastete Grundstück hat wohl Fideikommissqualität, der Besteller ist aber nicht der rechte Fideikommisseigentümer. Hier erhält der Erwerber die Servitut als eine interimistische, wenn er das Fideikommisseigentum kennt. Aus diesem Grunde findet eine Ersitzung überhaupt nicht statt, die Servitut wird revoziert, wenn der wirkliche Fideikommisseigentümer zur Nachfolge gelangt. War das zu belastende Grundstück, welches die Parteien für Fideikommiss hielten, in Wahrheit freies Eigentum, so hat ein Irrtum des Ersitzenden hinsichtlich der Ersitzbarkeit der Servitut stattgefunden, er hat geglaubt, an dem vermeintlichen Fideikommissgut nur eine revokable Servitut erwerben zu können, bei welcher die Ersitzung wegen Kenntnis der Eigenschaft der Revokabilität seitens des Erwerbers ausgeschlossen ist. Wegen dieses Irrtums kann der Erwerber der Servitut dieselbe nicht ersitzen, denn es fehlen ihm bona fides und animus juris, die auf eine Servitut an freiem Eigentum hätten gerichtet sein müssen, während der Erwerber in Wirklichkeit eine Servitut an einem Fideikommisse zu haben glaubte.

Im zweiten Falle halten beide Teile bei Errichtung der Servitut das dienende Grundstück für freies Eigentum, während es in Wirklichkeit Fideikommiss ist. Auf die Meinung des Bestellers der Servitut für die Ersitzungsfrage kommt es nicht an, sondern es kommt nur die Willensmeinung des Erwerbers in Betracht, der seine bona fides und seinen animus juris entweder zur Existenz bringt oder nicht. Hielt nun der Erwerber der Servitut das zu belastende Grundstück für freies Eigentum, während dasselbe wirklich Fideikommiss war, so findet beim Vorliegen aller ihrer Voraussetzungen die Ersitzung der Servitut statt. Der Dritte, welcher Fideikommissbesitzer ist, hat die Servitut nach

vollendeter Ersitzung anzuerkennen, ebenso die Agnaten und die späteren Fideikommissfolger. Erachtete der Erwerber der Servitut das zu belastende Grundstück, welches Fideicommiss war, für freies Eigentum, glaubte er aber, dass nicht der Besteller der Servitut, sondern ein Dritter der freie Eigentümer sei, so kann der Erwerber der Servitut eine Servitut auch den wahren Fideicommissberechtigten gegenüber nicht ersitzen, denn der Präscribent war schon beim Erwerbe der Servitut in mala fide und die mala fides vereitelt jedesmal, wo sie vorliegt, gegenüber dem Eigentümer des mit der Servitut beschwerten Grundstücks deren Erwerb und die Ersitzung. Hat der Erwerber der Servitut angenommen, dass ihm dieselbe an freiem Eigentum bestellt werde, während in Wahrheit der Besteller nicht Eigentümer war, so genügt es für die Begründung der Ersitzung, dass der Erwerber den Besteller in gutem Glauben für den Eigentümer des dienenden Grundstücks hält. Dass der Besteller dies auch objektiv sei, wird nicht erfordert. Denn auf einen justus titulus kommt es bei der Servitutenersitzung nicht an. Der Fall der Ersitzung einer Servitut an einem Fideicommiss wird in Bezug auf die bona fides des Präscribenten nicht anders behandelt, wie der gute Glaube gegenüber dem Eigentümer eines jeden anderen Grundstücks, wenn dem Eigentümer etwa durch Testament oder Vertrag eine Beschränkung in der Verfügung aufgelegt wäre, vermöge welcher er das Grundstück mit Servituten nicht belasten darf. Kennt der Erwerber der Servitut diese Verfügungsbeschränkung bona fide nicht, so hindert sie auch seine Ersitzung der Servitut nicht. Wenn der Erwerber der Servitut den Nichteigentümer des belasteten Grundstücks für den Eigentümer hält, dann nach errichteter Servitut das herrschende Grundstück vor vollendeter Ersitzung verkauft oder vererbt, so kann der Käufer oder Erbe die Ersitzung vollenden, ausser, wenn dieselben vor vollzogener Ersitzung erfahren, dass derjenige, welcher dem Erblasser oder dem Verkäufer die Servitut bestellt hatte, gar nicht Eigentümer des belasteten Grundstücks gewesen ist (mala fides superveniens nocet). Der wirkliche Eigentümer dringt hier mit der actio negatoria durch.

III. Der Eigentümer eines Nachbargrundstücks erwirbt ohne Bestellung seitens des Eigentümers oder eines Nichteigentümers eine Servitut, und es stellt sich alsdann heraus, dass das dienende Grundstück Fideicommissqualität hat.

Hier fehlt also ein die Servitut begründender Erwerbstitel, und die Beschaffenheit eines servitutbegründenden Rechtsgeschäfts

beeinflusst die Frage nicht, ob bona fides und animus juris vorhanden sei[127]). Die objektive Fideicommisseigenschaft des dienenden Grundstücks hindert für sich allein die Ersitzung nicht, die auch hier, wie gewöhnlich, die Ueberzeugung eines Rechts und die Abwesenheit von den dasselbe vereitelnden Momenten erfordert. Wer bona fide und animo juris eine Dienstbarkeit ausübt, ohne einen Titel zu haben, der ist auf dem besten Wege, die zehnjährige Ersitzung zu vollenden. Allein sowohl der jetzige Fideicommissbesitzer, als auch seine Nachfolger, die das dienende Grundstück im Feideicommisseigentum haben, können dem Ersitzenden hindernd entgegentreten, indem sie ihn vor vollendeter Ersitzung irgendwie in malam fidem versetzen, wodurch die laufende Ersitzung zum Stillstand gebracht wird. Wer, ohne seinen Titel zu kennen, die Servitut ausübt und dabei weiss, dass es ein Fideicommissgrundstück ist, auf welchem sie lastet, ist nicht schlechterdings ohne bona fides[128]). Denn er kann sonst gute Gründe haben, an sein Servitutrecht zu glauben, sodass er die begründete Ueberzeugung von dessen rechtmässiger Entstehung und Bestande hat. Andererseits kann die Kenntnis des Präscribenten von der Fideicommisseigenschaft des dienenden Grundstücks, wenn auch diese Kenntnis die mala fides für sich allein nicht ausmacht, doch in Verbindung mit anderen Momenten die mala fides ausmachen. Die Frage, ob jemand bona fide ist, hat neben ihrer rechtlichen auch eine tatsächliche Seite. Es wird allerdings nicht häufig vorkommen, dass jemand, der ohne Titel in Kenntnis der Fideicommisseigenschaft ein Realrecht auf einem Grundstück ausübt, dies in gutem Glauben tut und fehlerlosen Besitz hat. In der ersten Hand wird stets dem Berechtigten ein Titel zur Seite stehen, entweder ein zur Ersitzung geeigneter justus titulus[129]) oder ein injustus titulus, der gar kein Ersitzungstitel ist; z. B. dem Ausübenden ist die Ausübung von einem Fideicommissinhaber precario gestattet, oder er hat eigenmächtig oder heimlich die servi-

---

[127]) Ein Erwerbstitel für die Servitut ist gerade geeignet, den Mangel der bona fides darzutun; denn ein Fideicommisseigentümer kann wegen seines beschränkten Verfügungsrechts durch Rechtsgeschäft keinen Usukapionstitel gewähren.

[128]) Es kann der Präscribent von der durch Gründe gerechtfertigten Annahme ausgehen, einer seiner Vorbesitzer im herrschenden Grundstück habe die Servitut schon ersessen, der Vorbesitzer habe sie unter Zustimmung der Agnaten eingeräumt erhalten.

[129]) Z. B. es ist die Servitut vor errichtetem Fideicommiss oder mit Zustimmung der Agnaten eingeräumt.

tutische Handlung ausgeübt. Alsdann ist der Betreffende offenbar in mala fide. Bei Successionen verdunkelt sich aber im Laufe der Zeit dieses Verhältnis, es entsteht allmählich ein herrschendes Grundstück. Der dritte oder vierte Rechtsnachfolger findet die Ausübung seines Vorgängers vor und der Rechtsnachfolger weiss und glaubt gar nicht anders, als dass Letzterer eine Dienstbarkeit an dem Fideicommissgrundstück hatte[130]), denn sonst ist die langjährige Ausübung des Vorgängers nicht zu erklären. So entsteht der gute Glaube des Rechtsnachfolgers, der bona fide die Handlung in der Meinung eines Rechts 10 Jahre weiter ausübt und damit eine Servitut ersessen hat. Er kann sich aber auch den Besitz seines Vorgängers mit accessio temporis zurechnen, wenn die Nachricht von der Unrechtmässigkeit dieses Besitzes verloren gegangen ist. In solcher Weise kann aus Unrecht Recht werden. Andere Servituten werden als wirkliche Dienstbarkeiten von einem Fideicommisseigentümer an einen Fideicommisseigentümer bestellt. Der Fideicommissnachfolger unterlässt es aber, bei seinem Antritt die weitere Ausübung der Handlung zu verhindern, sie wird während einer Anzahl von Fideicommisssuccessionen fortgesetzt und schliesslich ist es in Vergessenheit geraten, dass ein Vorfahre des gegenwärtigen Fideicommissbesitzers die Servitut als eine widerrufliche bestellte. So wird schliesslich aus der anfänglich widerruflich errichteten Servitut eine unwiderrufliche, indem zuletzt der Besitzer des herschenden Grundstücks dartut, dass er und sein Vorgänger im Eigentum die Dienstbarkeitshandlung 10 Jahre und länger als ein Recht ausgeübt haben. Die bona fides wird präsumiert[131]) und der Fideicommissbesitzer

---

[130]) Vgl. die Ausführung im Urteil des V. Civilsenats des Reichsgerichts vom 7. Mai 1887 in Entsch. Bd. 19 S. 269 f. »Es wäre auch nicht undenkbar, dass jemand nach Errichtung des Fideicommisses sich in den Besitz einer Servitut setzte in dem Glauben, dass ihm aus irgend welchem Grunde die Befugnis dazu längst zugestanden habe. Solange nur eine, wie immer gestaltete Möglichkeit besteht, dass der Besitzer der Servitutnutzung im Rechte zu sein glaubte, ist dem Erfordernis der zu präsumierenden bona fides Genüge geleistet; jede Anforderung an den Besitzer, den Grund seines Glaubens anzugeben, würde ein Forschen nach dem für die ausserordentliche Ersitzung des Nachweises nicht bedürfenden Titel darstellen.«

[131]) Wenn es im Erkenntnis des II. Senats des ehemaligen Preussischen Oberappellationsgerichts vom 17. November 1871, bei Fenner und Mecke, Civilrechtliche Entscheidungen, Jahrg. 3, S. 79 heisst:

»Der Mangel an bona fides, wenn es hierauf überhaupt ankam, war nur dann Gegenstand der richterlichen Kognition, wenn der Beklagte solche, was nicht

vermag sie durch Anführung gegenteiliger Tatsachen nicht zu entkräften.

Man erkennt aus diesem Entwicklungsgange, wie wenig es für sich allein der bona fides des Eigentümers des herrschenden Grundstücks Eintrag tut, dass er bei seiner Servitutübung die Eigenschaft des dienenden Grundstücks als eines fideicommissarischen kennt. Diese Kenntnis steht nur demjenigen entgegen, welcher überführt werden kann, den Anfang mit der Ausübung der Handlung gemacht zu haben und nun vom Fideicommissbesitzer negatorisch belangt wird.

Die Kenntnis des Fideicommissbesitzers oder der Agnaten von dem Bestehen oder der Ausübung der Servitut ist keine Bedingung des Erwerbs derselben durch Ersitzung. Denn auch hier vollzieht sich, wie in anderem Zusammenhange öfters dargetan worden ist, die Ersitzung auf Grund ihrer Voraussetzungen, die ausser der Geeignetheit der dienenden Sache sämtlich in der Person des Ersitzenden wurzeln. Objekt der Ersitzung ist wesentlich das dienende Grundstück als Sache an sich und losgelöst von der Person des Fideicommisseigentümers und der Agnaten. Diese Personen und ihr Recht am dienenden Grundstück wirken auf die Ersitzung der Servitut nur insoweit ein, als dadurch eine der nach der Person und den Handlungen des Präscribenten beurteilte Voraussetzung der Ersitzung verändert wird; so ist bei absentia des Fideicommissbesitzers die Ersitzungszeit statt einer 10, eine 20 jährige. – –

Die Grundsätze und Voraussetzungen der Servitutenersitzungen des Preuss. Landrechts sind für Fideicommisse dieselben, wie für Lehne und sind schon oben entwickelt worden. Das preuss. Recht verlangt zum Beginn der Ersitznng nur den Erwerb, die Ergreifung des Besitzes, nicht dessen Uebertragung durch den Eigentümer des Gegenstandes, welcher ersessen werden soll, oder an welchem durch die Ersitzung Rechte erworben werden sollen. Die fehlerfreie Ergreifung des Besitzes ist jedoch ohne Wirkung, sogar ohne Zustimmung des Eigentümers möglich. Auch für die Ersitzung von Servituten an Fideicommissgrundstücken gelten die Vorschriften von I. 7 § 81 ALR. und I. 9 § 512 ALR. Für die Ersitzung der Servituten und anderer Rechte hat aber II. 4 § 122

---

geschehen, geltend gemacht hätte«, so ist doch hinzuzufügen, dass diese Einrede des Mangels der bona fides immer den geführten Beweis der Rechtsausübung animo juris voraussetzt, dass ferner die Einrede jenes Mangels keine ausnahmslose ist. Denn wenn die Prozesstatsachen eine mala fides des angeblichen Usukapienten ergeben, so ist hierauf officio judicis Rücksicht zu nehmen und die Ersitzung zu verneinen.

ALR. eine beim Lehn sich nicht wiederholende Spezialbestimmung eingeführt: »Einzelne Rechte des Fideicommisses oder auf dasselbe können durch 30jährige Präscription erlöschen oder gegen das Fideicommiss erworben werden«.

Demnach ist die ordentliche 10 und 20jährige Ersitzung gegen das Fideicommiss ausgeschlossen[132]). Der § 122 cit. spricht nicht von der Ersitzung von Rechten gegen den zeitigen Fideicommissbesitzer, sondern von der Ersitzung von Rechten auf das Fideicommiss, also von einer Einschränkung oder Belastung des Fideicommisses selbst[133]), die danach für möglich erklärt wird[134]). Es wird zur Ersitzung von Servituten auch gegen die Anwärter eines Fideicommisses nicht eine besondere Richtung des Besitzwillens oder der Besitzhandlungen des Ersitzenden als Erfordernis der Ersitzung aufgestellt. Der Erwerb einer Servitut durch Ersitzung ist nicht ein durch den Willen desjenigen, der durch sie an seinen Rechten verliert, vermitteltes Rechtsgeschäft, und es kann deshalb die Servitutenersitzung nicht unter den Gesichtspunkt einer unbefugten Disposition des Fideicommissbesitzers aufgefasst werden. Ferner sind die Agnaten nicht schon wegen ihrer Anwärtereigenschaft Personen, die »von ihren Rechten nicht haben unterrichtet sein können«, oder welche »ihre Rechte zu gebrauchen und zu verfolgen gehindert sind« (§§ 512, 516 I. 9 ALR.), sodass den Fideicommissanwärtern von selbst vorstehende Bestimmungen zu statten kämen und sie dadurch gegen den Beginn der Verjährung geschützt wären[135]). Die auf Ersitzung gerichteten Handlungen des Präscribenten verletzen unmittelbar auch die in dem Obereigentum der Familie begründeten Rechte der Fideicommissanwärter, und diese sind dadurch veranlasst, den wirksamen Lauf der Verjährung durch geeignete Massregeln zu unterbrechen[136]). Die Agnaten sind auch nicht gehindert, gegen

---

[132]) Rehbein und Reincke a. a. O. Bd. III S. 247 zu § 122 a. a O. Note 47.

[133]) Urteil d. 5. Civilsenats d. R.-G. vom 7. Mai 1887, in Entsch. Bd. 19 S. 272.

[134]) Eine schon vor Errichtung des Fideicommisses begonnene Ersitzung kann später fortgesetzt werden, weil nach den allgemeinen Vorschriften über Verjährung (§ 512 ff. I. 9 ALR.) die nach begonnener Verjährung erfolgte Errichtung eines Fideicommisses eine Unterbrechung der Verjährung nicht bewirkt, s. Urteil vom 1. April 1862 in der Zeitschrift für Landeskultur-Gesetzgebung der Preuss. Staaten, Bd. 14 S. 305 ff.

[135]) Urteil des V. Civils. d. R.-G. v. 16. Mai 1888, in Entsch. Bd. 21 S. 306

[136]) Urteil des V. Civils. d. R.-G. v. 7. Mai 1887 in Entsch. Bd. 19 S. 279, 280 wo es heisst: »Auch die Besitzergreifung einer Servitut, welche voraussetzt, dass aus der Erklärung des Handelnden oder aus den Umständen die Meinung,

den im Ersitzungsbesitz befindlichen Präscribenten die Negatorienklage darauf anzustellen, dass er nicht das Recht habe, die servitutische Handlung auf dem Fideicommissgrundstück vorzunehmen, sowie die Agnaten ja auch die Vindikation gegen jeden Dritten erheben können, welcher ein dem Fideicommissverbande zugehöriges Grundstück besitzt. Nach landrechtlicher Anschauung werden alle Glieder der agnatischen Familie Dritten gegenüber als eine Person aufgefasst,[137]) sodass jedes Glied der Agnatenfamilie durch den Eigentums- oder Servitutenbesitz eines Fremden berührt wird. Die Kenntnis des Fideicommissbesitzers von der Entstehung oder dem Bestande der Servitut ist auch nach preuss. Recht kein Erfordernis der Ersitzung des Präscribenten, Unkenntnis des Fideicommissbesitzers also kein Hindernis der Ersitzung nach den obigen §§ 512, 516 cit. —

Ueberblickt man die preuss. Rechtsprechung, so findet man, dass sie verschiedene Wandelungen und Schwankungen durchgemacht hat, bis sie auf ihrem heutigen, mit vorstehend entwickelten Sätzen übereinstimmenden Standpunkt anlangte. Anfangs ging die Praxis von dem richtigen Gesichtspunkt aus und legte den § 122 ALR. II. 4 dahin aus, dass derselbe die 30jährige erwerbende Verjährung »einzelner Rechte« gegen das Fideicommiss von keiner anderen, als den allgemeinen gesetzlichen Voraussetzungen dieser Verjährung abhängig machte, nämlich fehlerlos ergriffenen, nicht unterbrochenen Besitz und guten Glauben. Die Vorschrift von § 123, II, 4 ALR.:

»Die Eigenschaft des Fideicommisses selbst aber kann durch keine Verjährung verloren gehen«, wurde auf die Servitutenersitzung nicht bezogen, ja sogar auf die Eigentumsersitzung eines einzelnen Fideicommissgrundstücks nicht für anwendbar erklärt[138]). Die Wirkungen der Servitutenersitzung wurden aber den Anwärtern gegenüber beschränkt bezw. an neue Voraussetzungen geknüpft

dass ihm ein solches fortdauerndes Recht wirklich zustehe, deutlich erhellt, (§ 82 ALR. I, 7), richtet sich nicht gegen den zeitigen Fideicommissbesitzer, sondern gegen das Gut, sie verletzt ebenso wie die Besitznahme eines Grundstücks die Rechte der Familie und gibt also auch ebenso wie diese den Anwärtern Veranlassung und Befugnis zu Gegenmassregeln«.

[137]) §§ 17, 18, I. 8 ALR. Urteil d. I. Senats des ehemal. Preuss. Obertribunals vom 11. Februar 1850, in dessen Entsch. Bd. 19 S. 129.

[138]) Erkenntnis des II. Senats des Obertribunals vom 19. Mai 1859, in Entsch. Bd. ALR. S. 257. Als Grund seiner Entscheidung führt das Obertribunal an, der Fideicommissbesitzer, weil nicht Eigentümer des Fideicommisses, sei zu einer dauernden Belastung desselben nicht anders befugt, als unter ge-

durch ein Erkenntnis des Obertribunals[139]), welches entschied: die in § 122 cit. zugelassene 30 jährige Verjährung kann gegen ein Fideicommiss als solches nur insoweit von Wirksamkeit sein, als sie in einer Weise begonnen hat, wodurch sämtliche Fideicommissinteressenten gebunden werden[140]). Wann und wie der Beginn sein muss, um eine Bindung der Fideicommissinteressenten zu bewirken, darüber schweigt das Obertribunal, es ist wahrscheinlich an Hindernisse der Ersitzung aus §§ 512, 516 I. 9 ALR. gedacht.

Der ebengedachte Rechtssatz wurde durch eine weitere Entscheidung des Obertribunals[141]) erläutert, welche ausführte, dass die Verjährung von Grundgerechtigkeiten gegen ein Fideicommiss anfangen könne, wenn die Fideicommisseigenschaft den Ersitzenden weder bekannt, noch in dem Hypothekenbuche vermerkt sei.

Gegen nicht im Hypothekenbuch eingetragene Fideicommisse wurde dagegen die Ersitzung ebenso für möglich erklärt,[142]) wie in dem Falle, dass dem Präscribenten die Fideicommissqualität nicht bekannt war.

Mit dieser letzteren Entscheidung war aber schon die strengere Auffassung des obigen Obertribunals-Urteils, II. Sen., vom 19. Mai 1859, durchbrochen, wonach gegen die Anwärter die Ersitzung nur wirksam sein sollte, wenn sie in einer Weise begann, dass dadurch sämmtliche Fideicommissanwärter gebunden würden. Damit war aber die Rechtssprechung auf dem richtigen Wege. Denn wenn nur die Publizität der Fideicommissqualität in den öffentlichen Büchern die Ersitzung hindert, nicht die Fideicommisseigenschaft selbst, dann kann der Grund, der den Anwärtern gegenüber den Lauf der Ersitzung ausschliesst, nicht bestehen in der ihnen mangelnden Befugnis, den Dispositionen des derzeitigen

---

ordneter Mitwirkung der Fideicommissinteressenten. Demgemäss könne die Duldung der Rechtsausübung des Präscribenten durch den Fideicommissbesitzer den Fideicommissinteressenten nicht präjudizieren, zumal letzteren die Besitzhandlungen des Präscribenten nicht unbekannt blieben, auch hätten die Fideicommissinteressenten vor dem Anfall des Fideicommisses keine Klagerechte.

[139]) Urteil des 1. Senats früheren preussischen Obertribunals vom 11. Februar 1850, in Entsch. Bd. 19 S. 122.

[140]) Dieser Grundsatz wird aufrecht erhalten in den Erkenntnissen des I. Senats vom 1. April 1862 und 13. Oktober 1864, in Zeitschrift für Landeskulturgesetzgebung Bd. XIV S. 303 ff; Entsch. d. Obertribunals Bd LIII S. 184 ff.

[141]) Erkenntnis des Obertribunals vom 19. April 1864, in Entscheidung Bd. LI, S. 278 ff. und vom 15. Oktober 1869, ebenda Bd. LXII, S. 46 ff.

[142]) Erkenntnis des früh. Obertribunals vom 19. April 1864, in Entsch. Bd. LI, S. 281.

Fideicommissbesitzers zu widersprechen und in der dem Anwärter vermeintlich fehlenden Veranlassung, vor dem Successionsfall sich um das Schicksal des Fideicommisses zu kümmern. Denn diese Momente folgen aus der Existenz des Fideicommisses, sie sind von der Publizität desselben unabhängig. —

Das Reichsgericht hatte anfänglich die Auffassung des Urteils des Obertribunals, II. Sen., v. 19. Mai 1959, geteilt,[143]) hat sich aber schliesslich zu den richtigen Rechtsgrundsätzen bekannt und dieselben nunmehr angenommen.[144])

Das blosse Bestehen des Fideicommisses berührt den guten Glauben des Präscribenten bei der Servitutenersitzung nicht, ebensowenig die Kenntnis der Fideicommisseigenschaft. »Wer da weiss, dass das Grundstück, an welchem er eine Servitut zu haben vermeint, Fideicommiss ist, weiss zwar, dass der jeweilige Besitzer ihm eine Servitut nicht einräumen kann. Allein die 30jährige Ersitzung bedarf keines Titels; der gute Glaube, ein Recht zu haben, braucht sich nicht auf die Meinung zu stützen, dass das Recht auf einem Einräumungsakte des gegenwärtigen oder eines bestimmten früheren Besitzers beruhe; es ist für die Meinung, im Rechte zu sein, nicht einmal erforderlich, dass der Besitzende, oder der den Besitz Ergreifende sich irgend einen bestimmten Rechtsgrund seines Besitzes vorstelle«.[145]) Nach ALR. steht der Kenntnis von der Fideikommisseigenschaft die Eintragung der letzteren in das Grundbuch in der Wirkung gleich. Allein die Eintragung der Fideicommisseigenschaft in das Grundbuch schliesst wohl die Eigentumsersitzung eines erkennbar zum Fideicommiss gehörigen Grundstücks, nicht aber den zur Ersitzung einer Servitut gegen ein Fideicommiss erforderlichen guten Glauben aus[146]), vielmehr ist die Ersitzung einer Servitut auch dann zulässig, wenn die Fideicommisseigenschaft in einem öffentlichen Buche eingetragen oder dem Präscribenten sonst bekannt war.[147])

---

[143]) Urteil des Hilfssenats des R.-G. vom 8. April 1880. im Preuss. Justizministerialblatt, Jahrgang 1880, S. 267.

[144]) Urteil d. 5. Civils. d. R.-G. vom 7. Mai 1887, in Entsch. Bd. 19 S. 266. ff.

[145]) Siehe das Urteil vom 7. Mai 1887. vorige Note, S. 269.

[146]) Urteil des 5. Civilsenats d. R.-G. vom 16. Mai 1888, in Entscheidung. Bd. 21, S. 306.

[147]) Urteil des 5. Civilsenats d. R.-G. vom 7. Mai 1887, in Entsch. Bd. 19, S. 281 f.